

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Strafferettens såkalte "utjenlige forsøk"

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.11.15

Antall ord: 17 596



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema, problemstilling og rettslig plassering .....	1
1.2	Historisk bakgrunn .....	2
1.3	Rettskildebildet .....	4
1.3.1	Norsk strafferett .....	4
1.3.2	Andre lands rett .....	4
1.4	Den videre fremstillingen .....	5
<b>2</b>	<b>NÆRMERE OM FORSØKSBEGREPET .....</b>	<b>6</b>
2.1	Hva anses som forsøk? .....	6
2.2	Vilkår nr. 1: Fullbyrdelsesforsett .....	7
2.3	Vilkår nr. 2: Foretatt noe som leder direkte mot utføringen av lovbruddet .....	8
2.3.1	Den øvre grensen .....	8
2.3.2	Den nedre grensen .....	9
2.4	Tilbaketreden fra forsøk. ....	11
2.4.1	Tilbaketreden fra fullendt og ufullendt forsøk .....	12
2.5	Straffutmåling ved forsøk .....	13
<b>3</b>	<b>UTJENLIG FORSØK .....</b>	<b>15</b>
3.1	Innledning .....	15
3.2	Vilkår for utjenlig forsøk .....	16
3.3	Absolutt og relativt utjenlig forsøk .....	17
3.4	Det subjektive forsøksprinsipp .....	18
3.4.1	Nærmere den objektive forsøkslære .....	19
3.4.2	Den subjektive forsøkslære .....	21
3.4.3	Straffelovkommisjonens uttalelse .....	23
3.5	Utjenlig middel .....	24
3.5.1	Narkotikaforbrytelser med utjenlig middel .....	25
3.6	Utjenlig objekt .....	26
3.7	Lignende tilfeller .....	27
3.8	Unntak .....	28
3.8.1	Overtro .....	28
3.8.2	Imaginær (putativ) forbrytelse .....	29
3.9	Tilbaketreden fra utjenlig forsøk .....	30
3.9.1	Tilbaketreden fra ufullendt og fullendt forsøk .....	30
3.10	Straffutmålingen ved utjenlig forsøk .....	32

3.11	Utjenlig forsøk på medvirkning .....	33
3.11.1	Innledning .....	33
3.11.2	Forsøk på medvirkning og medvirkning til forsøk .....	34
3.11.3	Medvirkers tilbaketreden fra utjenlig forsøk .....	36
<b>4</b>	<b>KOMPARATIV RETT .....</b>	<b>38</b>
4.1	Utjenlig forsøk etter svensk rett.....	38
4.2	Utjenlig forsøk etter tysk rett.....	40
4.3	Utjenlig forsøk etter dansk rett .....	42
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING.....</b>	<b>44</b>
5.1	Oppsummering .....	44
5.2	Kommentarer til Straffelovkommisjonens argumentasjon.....	44
5.3	De lege ferenda betraktninger.....	45
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>48</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema, problemstilling og rettslig plassering

I det norske demokratiske rettssamfunn er det viktig å gi signaler om hva som er lovlige og ulovlige handlinger. Dermed er det viktig at visse handlinger er belagt med straff. Disse handlingene faller inn under begrepet forbrytelser. Formålet med straff er dels å påvirke borgere til ikke å begå lovbrudd og dels å påvirke den enkelte lovovertreder til ikke å begå nye lovbrudd. Dette kalles de allmennpreventive- og individualpreventive hensyn.<sup>1</sup> Andenæs definerte i 1962 straff slik: ”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsens i den hensikt at han skal føle det som et onde”. Definisjonen er sitert med tilslutning av Høyesterett, jf. Rt. 1977 s. 1207.<sup>2</sup>

Det er de handlinger som er nedfelt i den norske straffeloven, eller som står uttrykkelig i særlovgivningen, som kan belegges med straff. Dette må sees i lys av Grunnloven § 96 som sier at ”Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.”. Dette er det som i strafferetten kalles lovprinsippet. Om domstolen vil idømme straff må den forankre sin beslutning i en lovbestemmelse, og dermed komme frem til at de vilkår som oppstilles i den enkelte bestemmelsen er oppfylt.<sup>3</sup>

Det dukker opp en rekke tilfeller hvor den enkelte lovovertrederen ikke fullfører den forbryterske plan, og ikke oppnår det tenkte resultat. Slike handlinger kalles forsøkshandlinger og må skilles fra fullbyrdet handlinger. Med fullbyrdet forbrytelse eller fullbyrdet handlinger menes de handlinger som oppfyller alle de objektive kriterier i et straffebud, og som regel de subjektive. Det som kjennetegner forsøkshandlinger er at det mangler noe på den objektive siden.<sup>4</sup> At slike handlinger straffes etter norsk rett fremgår av straffeloven av 2005 § 16 og har over lengre tid vært sikker rett.

Det kan være ulike grunner til at handlingen ikke blir fullbyrdet. Denne oppgaven har hovedfokus på de situasjoner hvor handlingen ikke får den tenkte virkningen fordi det er utført på en håpløs måte. Oppgaven omhandler de såkalte ”utjenlige forsøk”, hvilket er handlinger som aldri kunne ført til det tenkte resultat på grunn av middelets anvendelse eller objektet handlingen er rettet mot.<sup>5</sup> I motsetning til de ordinære forsøk vil det ikke etter noen omstendighet føre til fullbyrdelse.

---

<sup>1</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78

<sup>2</sup> Eskeland (2013) s. 40, Andenæs (2004) s. 352

<sup>3</sup> NOU 1983:57 s. 115

<sup>4</sup> Haaheim (2005) s. 158

<sup>5</sup> Bratholm (1980) s. 337

Et eksempel på utjenlig forsøk er at lovbrøteren stjeler en ting med vinnings hensikt i tro om at den eies av en annen, men det viser seg å være hans egen. Det er klart at det ikke er straffbart å ta sin egen ting etter tyveribestemmelsen i strl. § 321, men det er lovbrøterens egne forestillinger som er avgjørende.

Begge forsøkestypene straffes således etter norsk rett. Reglene om utjenlig forsøk henger sammen med reglene for de ordinære forsøk.<sup>6</sup>

Oppgaven tar utgangspunkt i gjeldende rett etter strl. § 16. Reglene om utjenlig forsøk fremgår ikke uttrykkelig etter lovens ordlyd, og jeg vil derfor vise til andre rettskildefaktorer. På områder der temaet for avhandlingen verken nevnt eller særlig omtalt, vil drøftelsen i stor grad bygge på en normativ vurdering i lys av reglene for forsøksbegrepet generelt. Videre er reglene om utjenlig forsøk svært gamle, og hensynene bak reglene som da gjorde seg gjeldende har endret seg med tiden. Dette kommer frem når vi skal se på de ulike synspunkter som ble anført i diskusjonen om straffbarheten ved utjenlig forsøk. Reglene rundt det generelle forsøksbegrepet har endret seg med tiden, og kan sies å ha blitt mer anvendelig med enklere retningslinjer. Reglene om utjenlig forsøk derimot har så vidt blitt behandlet eller diskutert den siste tiden, ettersom at begge typer forsøk står i samme bestemmelse burde dette ha skjedd. For øvrig er det interessant å se på reglene komparativt for å se om det finnes en bedre løsning enn den norske. Den komparative delen viser også at den norske diskusjonen for å straffe utjenlig forsøk kunne i dag blitt annerledes, og endt med en annen konklusjon.

## **1.2 Historisk bakgrunn**

De italienske juristene i middelalderen var de første som oppstilte et alminnelig forsøksbegrep. De skilte mellom forsøk og forberedende handling. Begge forhold skulle straffes, men den forberedende handling skulle straffes mildere enn forsøket, og forsøket mildere fullbyrdelse.<sup>7</sup>

Utjenlige forsøk ble også straffest, men ekstraordinært mildt. Et eksempel på en slik forsøksbestemmelse ble delvis tatt inn i Karl V's felles straffeprosess- og straffelov av 1532 for det tyske riket. Peinliche Halsgerichtsordnung art. 178 sa at den som forsøkte å begå en forbrytelse, men på grunn av ytre omstendigheter likevel ikke lyktes, ble straffet.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Se punkt 3 flg.

<sup>7</sup> Skeie (1946) s. 279-280

<sup>8</sup> Ibid

Det er to ulike grunnsyn som har preget de norske reglene om forsøk gjennom årene. Før kriminalloven av 1842 var det et subjektivt grunnsyn som dominerte norsk rett. En hadde ingen generell forsøksregel, og dermed ingen regel om utjenlig forsøk. Norske Lov hadde imidlertid enkelte straffebud som straffet de mest alvorlige forsøkshandlingene.<sup>9</sup> Det subjektive grunnsynet gikk ut på at man straffet når handlingen var et resultat av et forbrytersk forsett. Med andre ord var gjerningsmannens subjektive forestilling helt ut avgjørende. Handlingens objektive karakter var uvesentlig.<sup>10</sup> Regelen om utjenlig forsøk skiller seg fra de alminnelige reglene knyttet til forsøk, ved at den til dags dato bærer stort preg av det subjektive grunnsynet.

Kriminalloven av 1842 bygde i stor grad på den franske straffeloven Code Pénal av 1810 som hadde alminnelige regler om forsøk, og definerte forsøk som en ”påbegynnelse av forbrytelsen”. På dette tidspunkt dominerte det objektive grunnsyn i den europeiske strafferettsteorien. Dermed fikk det objektive grunnsynet en større plass i kriminalloven av 1842. Nå skulle det ikke bare legges vekt på det forbryterske forsett, men en måtte objektivt kunne fastslå at lovbrakeren hadde ”begynt paa at iværksætte en Forbrydelse”.<sup>11</sup>

Kriminallovens § 2 skilte mellom forberedende handlinger og forsøkshandlinger, der de forberedende handlinger var straffrie. Videre bestemte lovens § 3 at forsøk skulle straffes midlere enn fullbyrdet forbrytelse. Kriminallovens § 4 sa uttrykkelig at utjenlige forsøk skulle straffes: ”§ 4. Forsøg paa at udføre en Forbrydelse straffes, om end det, der tilsigtedes, formedelst Gjerningsmanden ubekjendte Omstændigheder var umuligt, og om end de Midler, som Angjældende har benyttet, i og for sig selv have været utjenlige, eller enten formedelst de særegne Omstændigheder, der have fundet Sted, eller den Maade, hvorpaa Gjerningsmanden har benyttet dem, ikke have havt den sædvanlige Virkning”.<sup>12</sup>

I 1902 kom det en ny straffelov som videreførte gjeldende rett. I lovens § 49 ble forsøksbestemmelsen forenklet, da straffelovkommisjonen mente at det fremkom av formuleringen ”tilsigtedes paabegynt” at utjenlig forsøk skulle straffes. Den eldre regelen i § 4 var derfor overflødig. Omformuleringen innebar ingen realitetsendringer.<sup>13</sup>

Den 20. mai 2005 vedtok Stortinget en ny straffelov. Denne trådte i kraft 1. oktober i år. Forsøksregelen lyder nå slik: ”Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som leder direkte mot utføringen, straffes for for-

---

<sup>9</sup> Andenæs (2004) s. 344

<sup>10</sup> Husabø (2011) s. 275-276

<sup>11</sup> Ibid

<sup>12</sup> Kriminalloven av 1842 kap. 3

<sup>13</sup> SKM 1896 s. 91-93

søk, når ikke annet er bestemt.”. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett, men fremstår som enklere.

### **1.3 Rettskildebildet**

#### **1.3.1 Norsk strafferett**

I strafferetten gjelder et særlig viktig overordnet prinsipp, det såkalte lovprinsippet. Prinsippet er nedfelt i Grl. § 96 og retter seg mot domstolene, ”Ingen kan dømmes uten etter lov, eller straffes uten etter dom.”.<sup>14</sup> Lovkravet innebærer at straff ikke kan idømmes på grunnlag av en ren interesseavveining eller på grunnlag av sedvane. Videre innebærer lovkravet at domstolene bare kan idømme den type straff som står uttrykkelig i loven. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i lovteksten.

Det rettslige utgangspunkt for oppgaven er straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28 (heretter strl.) som trådte i kraft 1. oktober 2015. Loven viderefører gjeldende rett om at utjenlig forsøk skal straffes. Straffeloven av 1902 (heretter strl. 1902) vil bli omtalt for å belyse rettsstilstanden rundt temaet eller for å gi en fremstilling av utviklingen i lovgivningen. Om det foreligger endringer fra gjeldende rett vil dette bli nevnt uttrykkelig.

I denne oppgaven blir det ofte henvist til forarbeidene, med særlig sikte på forarbeidene til straffeloven av 1902. Loven har ingen uttrykkelig regel om utjenlig forsøk, men forarbeidene har en del uttalelser på området. Siden lovens forarbeider er gamle vil rettspraksis fra Høyesterett være den sentrale rettskildefaktor. Det vil også gi et godt illustrerende bilde over rettsutviklingen, og gjeldende rett. Rettspraksis fra Høyesterett er en sentral rettskildefaktor som gir uttrykk for gjeldende rett på det tidspunkt saken treffes, og er den øverste domstolsmyndigheten i Norge, jfr. prejudikatslæren.<sup>15</sup> Det er først og fremst her begrepene forsøk og utjenlig forsøk har fått sitt innhold, og hvor grensene har blitt trukket opp.

Juridisk teori er her av interesse. Store diskusjoner blant teoretikere har ført til forskjeller i gjeldende rett mellom ulike land. Juridisk teori vil også komme til anvendelse på områder hvor det ikke er klare holdepunkter fra andre rettskilder.

#### **1.3.2 Andre lands rett**

I den komparative delen er det tre land som vil bli omtalt i oppgaven. Denne delen vil basere seg i stor grad på lovteksten i de ulike landene. Noen steder vil det imidlertid bli referert til rettspraksis fra øverste domstolsmyndighet. I likhet med norsk rett veier disse rettskildene

---

<sup>14</sup> Andenæs (2004) s. 166

<sup>15</sup> Eckhoff (2001) s. 159 flg.

tyngst. Avsnittet som omhandler tysk rett baserer seg i stor grad på juridisk litteratur, selv om denne rettskildefaktoren ikke tillegges like stor vekt som lovtekst eller rettspraksis. Årsaken til dette er utfordringer knyttet til språk og begrenset tilgang på kilder.

#### **1.4 Den videre fremstillingen**

For å få en forståelse av avhandlingens hoveddel, og for enkelhets skyld, må det kort redegjøres for forsøksbegrepet generelt i del 2. I denne delen vil jeg gå nærmere inn på hva som anses som forsøk, de generelle vilkårene for forsøksansvar, og tilbaketreden fra forsøk som straffopphørsgrunn. Innenfor denne rammen er det forsøkets grenser som drøftes inngående. Oppgavens hovedtema del 3 vil i større eller mindre grad følge strukturen i del 2, og jeg vil deretter drøfte forsøk på medvirkning, med fokus på utjenlig forsøk. Del 4 omhandler komparativ rett der jeg behandler de tilsvarende regler etter svensk, dansk og tysk rett, etterfulgt av en rettspolitisk vurdering i del 5.



## **2 Nærmere om forsøksbegrepet**

### **2.1 Hva anses som forsøk?**

En fullbyrdet forbrytelse foreligger når de objektive og subjektive kriteriene i et straffebud er oppfylt. En person har eksempelvis forsettlig drept en annen person (§ 275), eller mishandlet sin kone med vold over lengre tid (§ 283). De straffebud som omhandler forsettlige forbrytelser strekker seg til å også gjelde forsøkshandlinger.<sup>16</sup> Det som kjennetegner en forsøkshandling er at den subjektive side er oppfylt, men det gjenstår noe på den objektive side.<sup>17</sup> Grunnen til at forbrytelsen ikke fullbyrdes kan være mange. Det kan for eksempel være at gjerningsmannen ombestemmer seg eller oppdages før fullbyrdelse har funnet sted. Det kan også tenkes at gjerningsmannen bommer på grunn av feilberegning.<sup>18</sup>

Hovedregelen etter norsk rett er at forsøk er straffbart etter strl. § 16 av 2005: ” Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som leder direkte mot utføringen, straffes for forsøk, når ikke annet er bestemt.”.

Bestemmelsen kommer til anvendelse både på straffelovens eget område og i spesiallovgivningen, jf. strl. § 1.<sup>19</sup> I følge strl. § 16 må gjerningsmannen ha ” forsett om å fullbyrde et lovbrudd”. Videre kreves det at gjerningsmannen utad ”foretar noe som leder direkte mot utføringen”.

Straffeloven av 1902 § 49 hadde en noe annen ordlyd: ” Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt. Forsøg paa Forseelse er ikke strafbart.”<sup>20</sup>

For øvrig kan en si at det i § 49 fremgår noe klarere at fullbyrdelse ikke enda har funnet sted ”Forbrydelse[n] ei er fuldbyrdet”. På en annen side er det å ha ”forsett om å fullbyrde” ikke det samme som faktisk fullbyrdelse.

Forutsetningen om at forbrytelsen er ”paabegynt” etter § 49 er vagere enn den någjeldende bestemmelsen som krever at gjerningsmannen har foretatt ”noe som leder direkte mot utføringen”. Her ser vi at lovens ordlyd er forenklet og mer klar.

---

<sup>16</sup> Eskeland (2006) s. 211

<sup>17</sup> Røstad (1997) s. 230

<sup>18</sup> Andenæs (2004) s. 344

<sup>19</sup> Bratholm (1980) s. 328

<sup>20</sup> Almindelig Borgelig Straffelov av 22. Mai 1902 nr. 10.

I strl. 1902 § 49 annet ledd gjelder regelen bare ”Forbrydelse”, ikke forseelser som er mindre alvorlige overtredelser. Skillet mellom forseelser og forbrytelser er opphevet i straffeloven av 2005. Hovedbegrunnelsen er at siktemålet med skillet ikke lenger oppfylles i praksis.<sup>21</sup> Straffansvaret er nå knyttet til en øvre strafferamme, ”fengsel i 1 år eller mer”.<sup>22</sup> Likevel innebærer dette ingen realitetsendring da strafferammen for forseelser som oftest har en maksimumsstraff opp til seks måneder fengsel.

Ut i fra strl. § 16 er det to vilkår som må være oppfylt for å kunne straffe. For det første må det foreligge tilstrekkelig skyld. For det andre må gjerningsmannen ha foretatt noe som leder direkte mot utføringen av lovbruddet.

## **2.2      Vilkår nr. 1: Fullbyrdelsesforsett**

For å kunne straffes for straffbart forsøk forutsettes det at gjerningspersonen har utvist tilstrekkelig skyld etter strl. § 16, som er ”forsett”. Dette følges opp etter den tidligere lov av 1902 § 49 ”tilsiktetes”. ”Tilsiktetes” kunne mistolkes dithen at gjerningspersonen skulle ha en bestemt hensikt, for eksempel vinnings hensikt. Det er imidlertid sikker rett at det er tilstrekkelig med forsett, uansett type.<sup>23</sup> Uaktsomme forsøkshandlinger straffes ikke.

Ifølge lovens forarbeider måtte gjerningsmannen ha fullbyrdelsesforsett. Med fullbyrdelsesforsett menes at lovbrysterens forsett dekker alle de objektive momenter i gjerningsbeskrivelsen. Han må ha bestemt seg for å fullbyrde den straffbare handlingen. Derfor utgjør det ingen subjektiv forskjell mellom forsøk og fullbyrdet forbrytelse.<sup>24</sup> Forsettet må foreligge i gjerningsøyeblikket. Lovbryteren kan derfor ikke straffes for forsøk om han blir pågrepet mens han vurderer å begå forbrytelsen, fordi det ikke foreligger fullbyrdelsesforsett.<sup>25</sup> I praksis bør man derfor ta stilling til om vilkåret om fullbyrdelsesforsett er oppfylt før man vurderer om forsettet har vist seg utad.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Ot.prp.nr 22 (2008-2009) s. 391-392

<sup>22</sup> Matningsdal (2015) s. 59

<sup>23</sup> Eskeland (2015) s. 212, Andenæs (2004) s. 356, Bratholm/Matningsdal (2003) s. 430. For en nærmere gjennomgang av skyldformen forsett, se Andenæs (2004) s. 232-243, Eskeland (2015) s. 280-287

<sup>24</sup> Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 414

<sup>25</sup> Bratholm/Matningsdal (2003) s. 431

<sup>26</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 414

## 2.3      **Vilkår nr. 2: Foretatt noe som leder direkte mot utføringen av lovbruddet.**

Det andre vilkåret etter strl. § 16 er at lovbyteren har kommet såpass langt at handlingen kan sies å lede direkte mot utføringen, jf. bestemmelsens første ledd annet punktum. Her avgrenser lovgiver mot å straffe forberedelseshandlinger. Rene forberedende handlinger er som oftest gjort straffrie.<sup>27</sup> Årsaken er at det er vanskelig å bevise den forbryterske vilje på et så tidlig tidspunkt. På en annen side er det kun tale om straffbart forsøk dersom vilkårene for fullbyrdet forbrytelse ikke er oppfylt. Dermed angir regelen to ytterpunkter for det straffbare forsøket, den nedre grensen mot de straffrie forberedelseshandlinger og den øvre grensen mot fullbyrdet forbrytelse. Dette kan illustreres slik:<sup>28</sup>



### 2.3.1      Den øvre grensen

Grensen mellom forsøk og fullbyrdet forbrytelse, såkalt forsøkets øvre grense, er overtrådt når de objektive kriterier i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Hva som kreves beror på ordlyden i det enkelte straffebud.<sup>29</sup> Den øvre grensen er avgjørende for om det foreligger straffbart forsøk eller fullbyrdet handling, og får dermed betydning for straffens størrelse. Den øvre grensen vil også få betydning ved tilbaketreden fra forsøk.<sup>30</sup> Tilbaketreden fra forsøk drøftes i punkt. 3.1.5.

Et illustrerende eksempel på forsøkets øvre grense finner vi i Rt. 1992 s. 1258, hvor en ransmann hadde truet en bankkasserer til å legge et pengebeløp på disken, men fikk ikke hånd om pengene før han ble overmannet av noen kunder i banken. Høyesterett kom i denne saken frem til at ranet var fullbyrdet, selv om ransmannen ikke fikk fatt i pengene. Etter de dagjeldende ransbestemmelsene § 268 jf. § 267, ”straffes den som i hensikt og ved midler...tvinger noen til å foreta en handling som volder tap eller fare for tap”. Det avgjørende var at det hadde oppstått en fare for tap, og Høyesterett kom til at forbrytelsen var fullbyrdet.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Eksempel på særskilte forberedelseshandlinger som er straffbare: strl. av 2005 § 133

<sup>28</sup> Figuren fra Slettan & Øie (2001) s. 78

<sup>29</sup> Andenæs (2004) s. 345

<sup>30</sup> Andenæs (2004) s. 344

<sup>31</sup> Andenæs (2004) s. 345.

Videre retter enkelte straffebud seg mot forvoldelsen av et skadelig resultat. Etter disse bestemmelsene foreligger ikke fullbyrdelse før resultatet er inntrådt. Slike bestemmelser kalles for *skadedelikter*, et eksempel på dette har vi i strl. § 273 (kroppsskade).<sup>32</sup> La oss tenke oss at A slår B med en glassflaske og påfører B en skade etter § 273. Skaden må være inntrådt som en adekvat følge av handlingen. Er den ikke det, vil det bare være tale om straffbart forsøk, jf. Rt. 1947 s. 346 etter dagjeldende § 229.

Om straffebudet retter seg mot fremkallelse av en fare kreves det imidlertid kun at faren har inntrådt som en adekvat følge av handlingen, selv om et skadelig resultat ikke inntreffer.<sup>33</sup> Disse straffebudene kalles *faredelikter*.

Videre fremgår det uttrykkelig i enkelte straffebud hvilke handlemåter som kreves for å idømme straff. For eksempel sier strl. § 271 at ”Den, som øver vold mot en annen person eller på annen måte krenker ham fysisk” straffes for kroppskrenkelse. Her må det dreie seg om vold eller krenkelser etter lovens forstand for å kunne straffe. Disse kalles *handlingsdelikter*.

Enkelte straffebud likestiller forsøkshandlinger med fullbyrdet forbrytelser. Med andre ord finnes det ingen øvre grense. Hvis man overskrider grensen til straffri forberedelse straffes man for fullbyrdelse. Eksempler har vi i strl. § 155 om vold eller trusler mot offentlig tjenestemann.

### 2.3.2 Den nedre grensen

Grensen mellom forsøk og forberedende handling, såkalt forsøkets nedre grense, må trekkes for å utelukke straffri forberedelseshandlinger. Etter forarbeidene var ordet ”utførelse” valgt nettopp med dette formål.<sup>34</sup> Straffelovkommisjonen uttaler at: ”...den forbryterske virksomhet (må betraktes) i sin totalitet og dens enkelte akter i sin innbyrdes sammenheng, og at det avgjørende da er, om herved et bestemt forbrytersk forsett har åpenbart seg gjennom handlinger som utvetydig peker mot et forbrytersk mål...”<sup>35</sup> Ifølge Hagerup må det avgjørende være om handlingen ”naar den forbryderske virksomhed sees i sammenhæng og i lys af samtlige ledsagende omstændigheder, give tilkjende, at gjerningsmanden nu gaar lige løs paa et forbryders maal”.<sup>36</sup> Eller slik Andenæs uttalte det: ”Gjerningsmannens opptreden må vise at nå er forbe-

---

<sup>32</sup> For nærmere beskrivelse av som omfattes av skadebegrepet etter § 229, se Andenæs (2008) s. 84-86.

<sup>33</sup> Andenæs (2004) s. 108 og 345.

<sup>34</sup> SKM 1896 s. 90

<sup>35</sup> SKM 1896 s.90

<sup>36</sup> Hagerup (1911) s. 185, Bratholm (1980) s. 331

redelsen og overveielsernes tid forbi, nå skrider han til verket”.<sup>37</sup> Hvorvidt gjerningspersonen har overskredet grensen beror på en sammensatt vurdering. Hvilke momenter som kan være av betydning er fastslått i rettspraksis.

Dette følges opp i Rt 2008 s. 867, hvor Høyesterett kom med en uttalelse i en såkalt ”grooming-sak”.<sup>38</sup> Saken dreide seg om en 49 år gammel mann som via nettet avtalte et møte med en 15 år gammel jente for å ha samleie. Høyesterett viste til tidligere rettspraksis og førstvoterende uttalte at det blant annet burde legges vekt på ”den tidsmessige nærhet mellom det som er gjort, og det som gjenstår, handlingens karakter og den psykologiske forskjell mellom dem” ved vurderingen om gjerningspersonen har overtrådt forsøkets grense. Høyesterett konkluderte med at gjerningspersonen ikke hadde overtrådt grensen til straffbart forsøk. Da handlingen ble begått var forberedelseshandlinger i grooming-saker straffrie. Kort tid etter kom strl. 1902 § 201a som gjorde forberedelseshandlinger straffbare. Denne fremgår nå av strl. § 306 (avtale om møte for å begå seksuelt overgrep).

I saken vises det til en ikke-uttømmende liste over momenter som skal tas med i vurderingen. I prinsippet er forsøkets nedre grense objektiv, det vil si at gjerningsmannens personlige forhold skal holdes utenfor, for eksempel om han er tidligere straffedømt. Dette må imidlertid ikke blandes med fullbyrdelsesforsett som er et særlig viktig vilkår for straffbart forsøk. Om dette mangler foreligger det ikke straffbart forsøk, til tross for at man etter en samlet objektiv vurdering finner at grensen er overtrådt.<sup>39</sup>

Disse vilkårene vil i forhold til utjenlig forsøk drøftes i punkt. 3.3.

---

<sup>37</sup> Andenæs (2004) s. 347

<sup>38</sup> Rt. 2008 s. 867 avs. 19 og 20

<sup>39</sup> Bratholm (1980) s. 333

## 2.4 Tilbaketreden fra forsøk.

Et unntak fra strl. § 16 om at forsøk er straffbare finner vi i bestemmelsens annet ledd som sier at forsøk likevel ikke straffes når vilkårene er oppfylt.<sup>40</sup> Dette kalles tilbaketreden fra forsøk.

I følge § 16 annet ledd må det være tale om frivillig tilbaketreden, jf. ”frivillig avstår”. Dette er regelens subjektive vilkår. Regelen tar sikte på å videreføre gjeldende rett fra straffelov av 1902 § 50, hvor frivillighet var formulert slik: ”af egen fri Vilje”. Etter forarbeidene av 1902 betyr dette ”at lovbryteren frivillig avstår fra videre virksomhet, eller frivillig forebygger de skadelige følger av handlingen før forbrytelsen er fullbyrdet”.<sup>41</sup> I følge ordlyden rammes ikke de tilfeller hvor gjerningsmannen blir oppdaget, og av denne grunn avstår fra den forbryterske virksomhet.

Hensynet bak forsøksreglene var at man først og fremst ville straffe den faste forbryterske vilje. Ved tilbaketreden viser gjerningsmannen derimot at en slik fast forbrytersk vilje ikke foreligger og verken allmennpreventive eller individualpreventive hensyn taler da for å straffe slike tilfelle for forsøk.<sup>42</sup>

Forutsetningen for tilbaketreden er at gjerningspersonen befinner seg på forsøksstadiet. En mann som er på vei inn i en butikk med den hensikt å stjele, men ombestemmer seg når han er ved døren, kan ikke straffes. Det er ikke slik at han har oppnådd straffopphør etter § 16 annet ledd, men fordi han er på forberedelsesstadiet.<sup>43</sup>

Motsetningsvis kommer ikke bestemmelsen til anvendelse om handlingen er fullbyrdet. Har gjerningsmannen overskredet forsøkets øvre grense, er det ikke lenger mulig med tilbaketreden fra forsøk.<sup>44</sup> Rt. 1924 s. 1149 illustrerer dette, hvor tiltalte hadde tatt en koffert fra stasjonen i den tro at kofferten inneholdt sprit. Da kofferten ikke var av et slikt innhold, satte han den tilbake. Etter den dagjeldende § 257 var forbrytelsen fullbyrdet da en annen eiers ting blir ”borttatt”, det vil si tatt bort fra sitt opprinnelige sted. Med dette kom Høyesterett frem til at

---

<sup>40</sup> Bratholm (1980) s. 343

<sup>41</sup> NOU 1992:23 Under utkastet kapittel 3 (§§22-39). Vilkår for straff, punkt 4.6.1

<sup>42</sup> Andenæs, Johs (2004) s. 360

<sup>43</sup> Ibid

<sup>44</sup> Bratholm/Matningsdal (2003) s. 433

forsøkets øvre grense var overtrådt, og anså forbrytelsen som fullbyrdet. Tilbaketreden var dermed utelukket.<sup>45</sup>

#### 2.4.1 Tilbaketreden fra fullendt og ufullendt forsøk

I strl. § 16 annet ledd skilles det mellom to forsøk; ufullendt og fullendt forsøk, jf. lovens ordlyd ”avstår ...eller avverger”.

Forarbeidene definerer ufullendt forsøk slik: ”Om gjerningsmannen har noe igjen å gjøre før gjerningsbeskrivelsen er oppfylt, er det tale om et ufullendt forsøk. For eksempel innbruddstyven som setter brekkjernet i dørsprekken, men oppgir den forbryterske plan før døren gir etter.”.<sup>46</sup>

Dersom gjerningsmannen har gjort alt som er nødvendig fra hans side, er det tale om et fullendt forsøk. Her er det en forutsetning at fullbyrdelsen er knyttet til en følge som ikke umiddelbart inntreffer. Det må være en mulighet i begivenhetsrekken til å avverge det fullendte forsøket. For eksempel gjerningsmannen som plasserer en tidsinnstilt bombe som enda ikke har eksplodert.<sup>47</sup>

Her må vilkåret om frivillig tilbaketreden må være oppfylt ved begge anledninger. Ved ufullendte forsøk vil det være tale om at lovbyteren frivillig ”avstår”, at lovbyteren forholder seg passiv til den videre gjennomføringen.<sup>48</sup> For fullendt forsøk stilles det strengere objektive vilkår til straffrihet. Her må lovbyteren aktivt ”avverge at lovbruddet blir fullbyrdet” etter strl. § 16 annet ledd. Den tidligere strl. 1902 § 50 var formulert slik: ”forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet”. Etter begge bestemmelser forutsettes det at forebyggelse faktisk skjer.<sup>49</sup> Hvis den forebyggende handlingen mislykkes, er vilkårene for straffbortfall ikke til stede.

For tilbaketreden fra fullendt forsøk krevde strl. 1902 § 50 at den forebyggende handling måtte skje før lovbyteren visste at den ”forbryderske Virksomhed er oppdaget”. Hvis fullbyrdelse var utelukket fordi lovbyteren ble oppdaget, var det ikke tale om straffopphør. Det måtte gjelde den forbryterske del.<sup>50</sup> Dette vilkåret gjelder ikke lenger etter den nye bestemmelsen.

---

<sup>45</sup> Andenæs (2004) s. 360

<sup>46</sup> Sitert Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 199

<sup>47</sup> NOU 1983: 57 s. 133 og Andenæs (2004) s. 362

<sup>48</sup> Andenæs (2004) s. 361

<sup>49</sup> Andenæs (2004) s. 361 henviser til Rt. 1963 s. 25 s. 28-29.

<sup>50</sup> Bratholm/Matningsdal (2003) s. 436

Etter forarbeidene vil det i stedet være et moment i vurderingen om tilbaketreden er frivillig. ”Det som er avgjørende da er om lovbrysteren til tross for at virksomheten er oppdaget, regner med å kunne fullføre forbrytelsen uten å bli tatt. Det vil særlig kunne være tilfelle hvor noen har oppdaget den straffbare virksomheten uten å være klar over hvem den skyldige er”.<sup>51</sup>

## 2.5 Straffutmåling ved forsøk

Siden kriminalloven av 1842 kom med en alminnelig forsøksregel, har det vært sikker rett at forsøk skal straffes midlere enn fullbyrdelse.

Dette kom uttrykkelig frem av strl. av 1902 § 51: ”Forsøg straffes midlere end den fuldbyrdede Forbrytelse...”. Dermed kunne lengstestrafen i et straffebud aldri anvendes på forsøks-handlinger, med unntak for drap.<sup>52</sup> Samme straff ved forsøkshandlinger og fullbyrdelse kunne heller ikke anvendes.<sup>53</sup> Bestemmelsen åpnet for at retten hadde adgang til å gå under lavmålet eller anvende en midlere straffart. For eksempel betinget fengsel istedenfor ubetinget fengsel. Denne adgangen hadde størst betydning for straffebud med høy minstestraft.<sup>54</sup> Et eksempel på det er Rt. 2001 s. 661 som gjaldt forsøk på drap. Tiltalte ble straffet med fire års fengsel, da minstestrafen for drap på dette tidspunkt var seks år.<sup>55</sup>

Regelen står nå i strl. § 78 litra a jfr. § 80 litra b som en straffnedsettelsesgrunn. Den sier at: ”Ved straffutmålingen skal det i formildende retning især tas i betraktning at det foreligger en situasjon eller tilstand som nevnt i § 80 bokstav b...”. Hvor det i § 80 litra b står at: ”Straffen kan settes under minstestrafen i straffebudet eller til en mildere straffart når lovbrysteren dømmes for forsøk,”.

Den tidligere ordlyd var ment som et påbud, mens den nye regelen kun gir retten en adgang til å anvende mildere straff. Dette utgjør en vesentlig forskjell som betyr at lengstestrafen i dag også kan anvendes ved forsøk.<sup>56</sup>

Vender vi blikket bakover i tid ble enkelte forsøkshandlinger straffet betydelig lavere enn fullbyrdet forbrytelse. Et eksempel på dette har vi i Rt. 1993 s. 1157. En kvinne hadde forsøkt

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 416

<sup>52</sup> Andenæs (2004) s. 356

<sup>53</sup> Bratholm/Matningsdal (2003) s. 438

<sup>54</sup> Andenæs (2004) s. 356

<sup>55</sup> Minstestrafen for drap er nå hevet til 8 år, jf. strl. av 2005 § 275 1.ledd

<sup>56</sup> Matningsdal (2015) s. 80



å skyte samboeren sin med revolver. Straffenivået på denne tiden var syv til åtte år. Etter en samlet vurdering ble straffen satt til fengsel i to år.

Straffen for forsøk er i dag skjerpet noe mer. I Rt. 2012 s. 1095 ble straffen for overlagt drapsforsøk satt til fengsel i ni år, da forsøket var begått etter endringen om straffenivået for drap. Høyesterett uttalte at: ”Straffskjerpelse for forsøk på drap er ikke omtalt i forarbeidene, men økningen av straffenivå må...også gjelde for forsøk på de forbrytelsene straffskjerpelsen omfatter”.

Det er ikke bare ved drapsforsøk at straffen har økt ved forsøkshandlinger. Da Høyesterett i Rt. 2011 s. 1013 skulle finne en passende straff i en sak som dreide seg om forsøk på voldtekt, uttalte førstvoterende at det ikke kunne stilles faste normer for straffereduksjon. Det ble videre fastslått at mange av skadevirkningene allerede ville ha inntrådt ved forsøket. Om voldtekten var fullbyrdet hadde straffen blitt fem år. Høyesterett konkluderte dermed med at fengsel i ”om lag fire år” var passende.<sup>57</sup> I en senere sak hvor det samme spørsmålet dukket opp, ble det vist til den nevnte dommen. Her ble fradraget for forsøk litt større da tiltalte trakk seg fordi han innså at handlingen var feil, og fordi forsøket ikke hadde kommet like langt som i saken fra 2011. Straffen ble satt til to år og ni måneder.<sup>58</sup>

I noen unntakstilfeller er det ikke nødvendig at retten vurderer mildere straff for forsøk. Det finnes enkelte straffebud som har samme strafferamme for forsøk som ved fullbyrdet forbrytelse, bl.a. spesiallovgivningen toll. § 16-1 annet ledd annet punktum. Det samme gjelder for de straffebud som likestiller forsøkshandlinger med fullbyrdet handling, for eksempel strl. § 155. Dette går jeg ikke nærmere inn på.

---

<sup>57</sup> Rt. 2011 s. 1013 avnitt 19 flg.

<sup>58</sup> Rt. 2013 s. 776 avsnitt 11 flg

### **3 Utjenlig forsøk**

#### **3.1 Innledning**

Den foregående fremstillingen har tatt sikte på ordinære forsøk. Ved ordinære forsøk sier vi at forsøket er "tjenlig", selv om fullbyrdet forbrytelse ikke foreligger. I andre situasjoner støter man på forsøkshandlinger som ikke etter noen omstendighet kunne ført til det tenkte resultat.<sup>59</sup>, fordi handlingen har vært rettet mot et utjenlig objekt eller utført med utjenlig middel. Forsøkshandlinger av denne art kaller vi for "utjenlige forsøk".

Et typisk eksempel er A som forsøker å smugle inn narkotika til landet, men da han blir tatt i tollen viser det seg at det A selv trodde var narkotika, i virkeligheten er mel. Objektivt har det ikke foreligget et forsøk på en straffbar handling ettersom at det ikke er ulovlig å ta med seg mel inn i landet. Likevel vil han kunne straffes for utjenlig forsøk av den grunn at A hele tiden har trodd at han hadde med seg narkotika. Den vesentligste forskjell mellom ordinære og utjenlig forsøk kan sies å være at objektive vilkår må vike for de subjektive ved utjenlig forsøk. Lovens objektive vilkår etter strl. § 167 "ansett som narkotika" er ikke oppfylt, men det er gjerningsmannens egne forestillinger som er avgjørende. Utjenlige forsøk er straffbare etter norsk rett, og har vært det over lengre tid.

Bratholm kom med en definisjon i 1980: " Med utjenlig forsøk siktes til handling som umulig kan føre til målet, for eksempel fordi man ikke skyter på et levende menneske, eller fordi man ikke bruker farlig ammunisjon..."<sup>60</sup>. Denne ble sitert med tilslutning av Høyesterett.<sup>61</sup> Derimot har vi hatt regler om utjenlig forsøk før den tid. Kriminalloven fra 1842 hadde en uttrykkelig regel i § 4 som sa at utjenlig forsøk skulle straffes.<sup>62</sup>

Regelen forsvant da straffeloven av 1902 erstattet kriminalloven av 1842. Forarbeidene uttalte imidlertid at uttrykket "tilsiktetes påbegynt" i § 49 var valgt for å omfatte utjenlige forsøk.<sup>63</sup> Etter formuleringen kom det også frem at fullbyrdelesforsett måtte foreligge. Dette er videreført til strl. 2005 § 16.

---

<sup>59</sup> Eskeland (2013) s. 230

<sup>60</sup> Bratholm (1980) s. 337

<sup>61</sup> Rt. 2004 s. 598

<sup>62</sup> Kriminalloven av 1842 kap. 3 § 4.

<sup>63</sup> SKM 1896 s. 91-93

### 3.2 Vilkår for utjenlig forsøk

Hensikten med å straffe forsøk var å straffe den onde vilje.<sup>64</sup> Tilsvarende ble formuleringen ”tilsigtedes” i strl. § 49 valgt av lovgiver for å få fram at utjenlige forsøk ble rammet av bestemmelsen.<sup>65</sup>

Vilkåret om fullbyrdselsesforsett gjelder også ved utjenlig forsøk. Dette kommer klart frem i Rt. 2010 s. 287. Tiltalte hadde forsøkt å innføre 3005 gram av et stoff han trodde var kokain. I realiteten var stoffet legemidler som ikke var oppført på narkotika- eller dopinglisten. Det kom frem i Lagmannsretten at ”tiltalte har vist en sterk gjennomføringsvilje. Han var til stede da stoffblandingen ble gjemt i bilen. Han tok med seg ektefellen på reisen, som gikk helt fra Belgia og til de ble stanset ved Svinesund tollsted”. Høyesterett kom til den konklusjon at tiltaltes subjektive skyld var like sterk som ved fullbyrdet forbrytelse. Det ble lagt vekt på at tiltalte handlet med fullbyrdselsesforsett og at tiltalte var i den tro at stoffet var kokain.<sup>66</sup> Tiltalte ble straffet for utjenlig forsøk.

Dermed er det mest nærliggende å legge til grunn at de objektive vilkårene ved ordinære forsøk også gjør seg gjeldende ved utjenlig forsøk. Jeg kommer ikke til å gjenta vilkårene som står i punkt 2.2 og 2.3.

Fremstilling i punkt 2.3 tok sikte på forsøkets nedre og øvre grense ved ordinære forsøk. Spørsmålet blir da om disse også gjelder ved utjenlig forsøk? Spørsmålet er ikke besvart uttrykkelig i loven eller juridisk litteratur, men fremgår av rettspraksis.

I en sak som gjaldt utjenlig forsøk, Rt. 1984 s. 1326, la Høyesterett til grunn byrettens konklusjon som sa de to tiltalte i saken hadde kommet lengre enn til straffri forberedelse, og dermed overtrådt forsøkets nedre grense. I det følgende sa Høyesterett seg enig med byretten når den hadde kommet til at forholdet var straffbart, selv om forsøket ikke kunne lykkes.<sup>67</sup>

Det kommer også frem av Rt. 2011 s. 1455. Førstvoterende uttalte at tiltalte må ”...ha foretatt noe som viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet. Eller som det heter i straffeloven av 2005 § 16 første ledd: Det tiltalte har foretatt, må være ment å lede direkte til utføringen. Hvilke krav som skal stilles til den handling tiltalte må ha foretatt, er nærmere behandlet i Rt. 2008 s. 867.”. Det er vist til Rt. 2008 s. 867 i punkt 2.3.

---

<sup>64</sup> Slettan/Øie (1997) s. 114

<sup>65</sup> SKM 1896 s. 93

<sup>66</sup> Rt. 2010 s. 287 avs. 21

<sup>67</sup> Rt. 1984 s. 1320 s. 1321-1322

Dermed ser vi at grensene også blir trukket opp i vurderingen ved utjenlig forsøk.

Etter mitt syn er dette mest rimelig da det er vanskelig å bevise tilstrekkelig forbrytersk vilje ved forberedelseshandlinger. Det er ingen holdepunkter for at dette enklere kan bevises ved utjenlig forsøk, snarere tvert imot. La oss tenke oss at A setter seg i bilen for å møte B som skal gi ham en pakke som A tror inneholder amfetamin, men som i realiteten er koffein. På det tidspunktet A setter seg i bilen kan det vanskelig bevises at han har tenkt til å møte B for å begå en straffbar handling. Likevel må man i tillegg kunne bevise at A på dette tidspunkt ikke er klar over at pakken inneholder koffein når det er tale om utjenlig forsøk.

Årsaken til at det verken kommer klart eller uttrykkelig frem at grensene også gjelder ved utjenlig forsøk kan være mange. Det kan ha vært et bevisst valg fra lovgivers side at grensene ikke skulle gjelde ved slike forsøk. Motsatt kan det være at grensene også skulle gjelde for utjenlig forsøk da den dagjeldende ordlyd ”tilsiktetes” ble valgt.

Den siste grunnen til at grensene ikke er blitt drøftet ytterligere, som etter min mening har flest holdepunkter, er at det i praksis som oftest klart kan konstateres at den øvre grensen er overtrådt. Forbrytelsen ville vært fullbyrdet dersom forsøket var tjenlig. Det er utjenligheten som sådan som gjør at forbrytelsen straffes som forsøk, og ikke som fullbyrdet forbrytelse. I en sak som gjaldt utjenlig forsøk på innførsel av 1 kg amfetamin og utjenlig forsøk på videre-salg av 0,5 kg, uttalte førstvoterende: ”Det dreier seg om forsøk fordi stoffet viste seg ikke å være amfetamin, men efedrinklorid, som(...)ikke ble regnet som et narkotikum”.<sup>68</sup>

At reglene følger de alminnelige forsøksregler tilsier at endringene som har skjedd på dette området opp gjennom årene, må også gjelde for utjenlig forsøk.

### **3.3 Absolutt og relativt utjenlig forsøk**

Over lengre tid har man sondret mellom absolutte og relative utjenlige forsøk.<sup>69</sup> Et absolutt utjenlig forsøk er forsøk som ikke etter noen omstendighet vil føre til det resultatet som gjerningsmannen har tenkt, se narkotika-eksempelet ovenfor. Et relativt utjenlig forsøk er de handlinger som innebærer en fare, men på grunn av uforutsette omstendigheter fullbyrdes

---

<sup>68</sup> Rt. 1984 s. 375 s. 376-377

<sup>69</sup>Se skillet i Bratholm (1980) s. 337, SKM 1896 s. 93, Rt. 2004 s. 598 avs. 35

ikke forbrytelsen.<sup>70</sup> Et eksempel på et relativt utjenlig forsøk er den som har til hensikt å drepe en person med gift, men som mislykkes fordi det er brukt for liten giftdose.<sup>71</sup>

Sondringen mellom absolutt og relativ utjenlighet er diskutert i forarbeidene til straffeloven av 1902, men anvendes som et argument for hvorfor vi bør straffe utjenlige forsøk. Straffelovkommisjonen uttalte at ”Efter vor mening kan der ikke være nogen grund til at begrænse forsøgets strafbarhed paa grund av middelets eller objektets utjenlighed yderligere end saaledes, at straffrihed tilstodes ved den saakaldte absolute, i modsætning til den saakaldte relative utjenlighed.”<sup>72</sup> Kommisjonen hevdet at det vanskelig kunne trekkes noen holdbar grense. Se mer om drøftelsen i punkt 3.4.3.

Så vidt jeg kjenner til har ingen i etterkant prøvd å trekke en klar grense mellom absolutt og relativ utjenlighet. Grunnen til dette kan bygge på kommisjonens uttalelse. Det kan også være at begge former straffes etter norsk rett, slik at det i praksis ikke vil ha stor betydning.<sup>73</sup> Det er likevel viktig å være klar over skillet. Grensen mellom absolutt utjenlig og relativt utjenlig forsøk vil imidlertid komme klarere frem når utjenlig forsøk drøftes etter svensk rett, se punkt 5.1.

### **3.4 Det subjektive forsøksprinsipp**

Reglene om utjenlig forsøk etter norsk rett bygger på at det er lovbrüterens egne forestillinger som er avgjørende. Ettersom man etter norsk rett også straffer utjenlige forsøk, sier man at straffelovgivningen bygger på det subjektive forsøksprinsipp.<sup>74</sup>

Det subjektive forsøksprinsipp er preget av den såkalte subjektive forsøkslære. Likevel varierer straffbarheten av utjenlig forsøk mellom ulike land. Dette gjelder både kontinental rett, og annen nordisk rett. Dette har sin forklaring i at straffelovgivningen enten er preget av den objektive forsøkslære eller den subjektive.<sup>75</sup>

Det er spesielt ett spørsmål som har ført til store diskusjoner blant tilhengerne av den objektive eller den subjektive forsøkslære. Det er om det skal oppstilles et krav om at forsøket må ha

---

<sup>70</sup> Bratholm (1980) s. 337

<sup>71</sup> Henriksen (1994) s. 18

<sup>72</sup> Skeie (1946) s. 288, viser til SKM 1896 s. 93

<sup>73</sup> SKM 1896 s. 91

<sup>74</sup> Eskeland (2006) s. 211

<sup>75</sup> Henriksen (1994) s. 23

medført objektiv fare for et fullbyrdet rettsbrudd, eller om den handlendes subjektive forestillinger er helt ut avgjørende.<sup>76</sup>

### 3.4.1 Nærmere den objektive forsøkslære

Det hele startet da den tyske juristen Feuerbach (1808) mente at den avgjørende grunnen for å straffe forsøk var rettskrenkelsen i seg selv eller fare for en slik krenkelse, og ikke gjerningsmannens forbryterske vilje.<sup>77</sup> Selv om den forbryterske vilje var umoralsk tilsvarte det ingen krenkelse av denne art. Han mente at løsningen var å oppstille et krav om at forsøkshandlingen innebar en objektiv fare for fullbyrdet forbrytelse. På denne måte ville utjenlige forsøk falle utenfor.<sup>78</sup>

Et kjent argument Feuerbach brukte mot å straffe på bakgrunn av den forbryterske vilje var bayeren som dro til kirken for å be for sin nabos død. Etter hans mening måtte også slike tilfeller straffes om den forbryterske viljen var helt ut avgjørende. Slik at bayeren måtte straffes for forsøk på drap.<sup>79</sup> Dette eksemplet har senere blitt vist til i norske forarbeider og juridisk teori.<sup>80</sup>

Den tyske juristen Mittermaier (1817) støttet Feuerbachs sin teori. Mittermaier mente at det var et grunnleggende strafferettslig prinsipp at det var lovovertrедelser som skulle straffes, og ikke tanker. Først når forsøkshandlingen til en viss grad passet inn under den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet ville det være tale om lovovertrедelse.<sup>81</sup> Som hovedregel burde man etter Mittermaiers syn ikke straffe utjenlige forsøk. Likevel skilte han mellom abstrakte og konkrete utjenlige forsøk, hvor han mente at en unntaksvis burde straffe de konkrete.

Som et eksempel på konkret utjenlig forsøk nevnte Mittermaier lovbryteren som hadde til hensikt å forgifte noen, men klarte å blande giften med et middel som virket som motgift. Videre kom han med en sontring mellom utjenlig middel og utjenlig objekt. Der forsøkshandlingen var rettet mot et utjenlig objekt ville det være tale om abstrakt utjenlig forsøk, og dermed aldri føre til straff.

---

<sup>76</sup> Røstad (1993) s. 242

<sup>77</sup> Wennberg (2010) s. 41

<sup>78</sup> Henriksen (1994) s. 24

<sup>79</sup> Wennberg s. 41-43

<sup>80</sup> SKM 1896, Skeie (1946) s. 290

<sup>81</sup> Wennberg (2010) s. 45 flg.

Det er her sontringen mellom absolutt og relativ utjenlighet, som brukes i Norge, kan tenkes å ha sitt opphav. Det samme gjelder for begrepene utjenlig objekt og utjenlig middel.

Den såkalte *planteorien* ble utviklet av flere tyske jurister, bl.a. P.Merkel og Finger. Denne gikk ut på at man til tross for et objektivt syn, utvidet straffansvar til også å gjelde tilfeller hvor objektiv fare for forbrytelsens fullbyrdelse ikke forelå i det konkrete tilfelle.<sup>82</sup> Etter denne teorien ville man bli straffet for forsøk under den forutsetning at objektiv fare ville ha foreligget om det ikke hadde skjedd en forveksling.

For eksempel ville sykepleieren som ønsket å forgifte sin pasient kunne straffes for drap, selv om hun tok feil flaske og ga pasienten et fullstendig ufarlig middel. Objektiv fare for fullbyrdet forbrytelse ville ha foreligget dersom hun hadde tatt rett flaske. De mente også at hensyn til fare for gjentakelse måtte spille stor rolle.<sup>83</sup>

Den tyske juristen Graf zu Dohna tok et steg videre i utviklingen av den objektive forsøkslæren da han i 1910 kom med læren om ”Mangel am Tatbestand”.<sup>84</sup> Denne læren omfatter putative og imaginære forbrytelser, se punkt 3.6. Forsøk av denne art ble utskilt fra forsøksbegrepet. De forsøk som kunne karakteriseres som en villfarelse ble ikke regnet som forsøk, men straffrie handlinger som ikke var omfattet av forsøksbegrepet. En kan således si at de norske reglene om putative og imaginære forbrytelser bærer preg av læren om ”Mangel am Tatbestand”, hvor denne typen forsøk er straffrie etter norsk rett.

Det var imidlertid ikke slik at straffbarheten ved forsøk alene skulle bygge på det objektive, uavhengig av forsøkets subjektive side. Tilhengerne av den objektive forsøkslære mente at det måtte oppstilles et krav om fullbyrdesforsett.<sup>85</sup>

Samlet sett kan man si at det er visse trekk ved den objektive forsøkslære som norsk rett har tatt i blant annet den nevnte sontringen mellom absolutt og relativt utjenlig forsøk, og uttrykkene utjenlig middel og utjenlig objekt. For øvrig ser man også at de norske reglene om ordinære forsøk ikke skiller seg stort fra den objektive forsøkslære. Forarbeidene til straffeloven av 1902 viser til noen av de ulike argumentene.

---

<sup>82</sup> Wennberg (2010) s. 73

<sup>83</sup> Henriksen (1994) s. 26

<sup>84</sup> Wennberg (2010) s. 81

<sup>85</sup> Henriksen (1994) s. 24 flg.

### 3.4.2 Den subjektive forsøkslære

Det var den tyske juristen Tittmann (1806) som sies å være den første tilhengeren av den subjektive forsøkslære. Han definerte handlinger som ikke ledet til fullbyrdelse, men var foretatt i en forbrytersk hensikt, som forsøkshandlinger. Utgangspunktet var dermed at den forbryterske vilje var avgjørende, men den måtte imidlertid ha manifestert seg i en ytre handling for å kunne straffes.<sup>86</sup> Her kan vi se en klar likhet med gjeldende norsk rett i henhold til reglene om forsøk.

Den danske juristen Ørsted var en avgjort tilhenger av det subjektive forsøksprinsipp, og har hatt stor innflytelse på de danske og norske reglene om forsøk. Ørsted mente at den onde vilje hadde gitt utslag i handlingen, enten forsøket var tjenlig eller ikke.<sup>87</sup> Dette synet støttes opp av kriminallovens § 4 "Forsøg paa at udføre en Forbrydelse straffes, om end det, der tilsigtedes, formedelst Gjerningsmanden ubekjendte Omstændigheder var umuligt, og om end de Midler, som Angjældende har benyttet, i og for sig selv have været utjenlige, eller enten formedelst de særegne Omstændigheder, der have fundet Sted, eller den Maade, hvorpaa Gjerningsmanden har benyttet dem, ikke have havt den sædvanlige Virkning".<sup>88</sup> Ørsted mente at gjerningsmannen også skulle straffes for de skritt han tar mot forbrytelsen, ikke bare for fullbyrdelsen.<sup>89</sup> Han mente at det straffbare forsøket forelå allerede ved forberedende handlinger siden den forbryterske vilje, og den virkelige uttalte vilje, var oppfylt på dette tidspunkt.<sup>90</sup> Derfor burde også forberedende handlinger straffes.

Ørsted kritiserte den objektive lære da han mente at den forbryterske vilje var helt og holdent avgjørende for den objektive faren. Om man har brutt seg inn i et hus for å advare huseier mot brann, er dette en handling som er ment for å redde vedkommende. Om man bryter seg inn i et hus for å stjele, blir handlingen mer straffverdig. Den ytre handlingen er den samme, men den forbryterske viljen avgjør straffbarheten.<sup>91</sup> At handlingen ikke var straffbar på grunn av en omstendighet lovbryteren ikke var klar over, kunne ikke være avgjørende.

På bakgrunn av dette mente Ørsted at utjenlige forsøk burde straffes. Ørsted kommenterte Feuerbachs eksempel om bayeren som dro til kapellet for å be om sin nabos død. Ørsted mente at straff ikke kunne anvendes da drapsbestemmelsen bare tok hensyn til de naturlige midler

---

<sup>86</sup> Wennberg (2010) s. 43

<sup>87</sup> Andenæs (2004) s. 352 viser til Ørsted (1817) s. 149-152

<sup>88</sup> Kriminalloven av 1842 kap. 3 § 4.

<sup>89</sup> Ørsted (1817) s. 142

<sup>90</sup> Wennberg (2010) s. 49 Ørsted (1817) s.186

<sup>91</sup> Wennberg (2010) s. 48-49, Ørsted (1817) s. 151-152



som kunne brukes for å berøve noens liv. ”Hvad uoplyst Ondskab maatte gjøre for, ved Overnaturlige Midler, at skille nogen ved Livet, medfører ikke de Farer, mod hvilke Drabslovene søge at beskjerme Borgerne”.<sup>92</sup>

Det var den tyske juristen Luden (1836) som utviklet den subjektive teori videre slik at forbedelseshandlinger ville falle utenfor det straffbare forsøket. Dette resulterte i at slike handlinger ville være straffrie. Luden mente at viljen til fullbyrdelse måtte vurderes ut fra de ytre handlinger gjerningsmannen hadde foretatt seg.<sup>93</sup> De norske reglene for forsøkets nedre grense viser sin tilslutning til Luden sitt syn.

Ved spørsmålet om utjenlig forsøk var det bred enighet blant tilhengerne av den subjektive lære. De mente at det i utgangspunktet ikke utgjorde noen forskjell om forsøket var tjenlig eller utjenlig. Det samme gjaldt absolutt og relativ utjenlighet.<sup>94</sup>

Det avgjørende var gjerningsmannens egen oppfatning at det forbryterske resultat ville inntrøffe, og at dette hadde manifestert seg i hans ytre handlinger. Et slikt syn støttes opp av forarbeidene, se punkt 3.3.3.

Feuerbachs eksempel om bayeren som dro til kapellet for å be om sin nabos død, har vært et godt brukt eksempel mot den subjektive forsøkslære. Straffelovkommisjonen avviste dette ved å komme med den reservasjon « ... at i sig selv ydre retmæssige, regelrette Handlinger altid maa ansees for ustraffelige, selv om de foretages for at fremkalde en Skade, og selv om Skaden derved fremkalles».<sup>95</sup> Dermed er det ikke store forskjeller mellom kommisjonens uttalelse og Ørsteds uttalelse. Den norske juristen Jon Skeie uttalte at argumentet var uholdbart ettersom det neppe ville blitt reist offentlig straffesak. I så fall måtte det være slik at loven satte straff for trolldom. Skeie uttaler dermed at ”juristen ikke lenger har noen unnskyldning om han fortsetter å resonnerer i trolldomslovgivningens tankegang”.<sup>96</sup>

Samlet sett ser vi at diskusjonen har preget de norske forsøksreglene i større eller mindre grad gjennom årene helt frem til i dag. Forståelsen for ulike lands varierende straffbarhet av forsøk, blir derfor klarere.

---

<sup>92</sup> Ørsted (1817) s.153

<sup>93</sup> Wennberg (2010) s. 62

<sup>94</sup> Henriksen (1994) s. 27 flg.

<sup>95</sup> SKM 1896 s. 93

<sup>96</sup> Skeie (1946) s. 290

### 3.4.3 Straffelovkommisjonens uttalelse

Straffelovkommisjonen drøftet spørsmålet om forsøket måtte ha medført objektiv fare for å kunne straffes. Om dette skulle være tilfelle mente kommisjonen at det måtte være tale om tjenlige midler, og at middelet var rettet mot et objekt, slik at forbrytelse kunne begås. Loven hadde ingen uttrykkelig regel vedrørende dette spørsmålet. Dersom man skulle tolke lovens ordlyd ”Paabegyndelsen af Forbrydelsens Udførelse” med et implisitt vilkår om objektiv fare, utelukket man både de absolutt og de relativt utjenlige forsøk.<sup>97</sup>

Videre sa kommisjonen at en bare kunne straffe de forsøk ” hvor Forsøgshandlingens Kausalitet neutraliseres gennem tilstødende i modsat Retning virkende Omstændigheder”. Dermed mente kommisjonen at han som skyter på en annen, men bommer fordi han ikke har siktet rett, ikke kan bli straffet. Han kunne heller ikke blitt skyldig i forsøk på tyveri når han i vinnings hensikt stikker hånden i en annens tomme lomme.

Straffelovkommisjonen uttalte at det heller ikke var noen grunn til ” at begrænse forsøgets strafbarhed paa grund av middelets eller objektets utjenlighed yderligere end saaledes, at straffrihed tilstodes ved den saakaldte absolute, i modsætning til den saakaldte relative utjenlighed.”.<sup>98</sup> Kommisjonen mente at en slik innskrenkning av straffbarheten kunne føre til resultat som var lite rimelig. Det var like urimelig at han går straffri om han har forsøkt å drepe ved hjelp av arsenikk, men ved en forveksling tar sukker, som han som tror han skyter på et menneske, men skyter på en trestubbe, eller på hatten som han antar er hodet.<sup>99</sup>

Da kommisjonen mener at begge former for utjenlig forsøk må utelukkes ved et krav om objektiv fare, mener jeg at dette ikke er like holdbart i dag når jeg skal se på svensk rett. Kommisjonen går etter mitt syn litt for langt når de likestiller absolutt utjenlig forsøk med han som skyter på hatten til en annen i den tro at det er hodet. Hvis en sammenligner farebegrepet som er oppstilt i straffelovens andre bestemmelser<sup>100</sup>, tror jeg neppe at løsningen ville bli straffrihet.

Kommisjonen viste deretter til en mellomløsning som var foreslått i utkastet fra 1894 om en felles straffelov for Sveits og enkelte eldre tyske lover. Mellomløsningen gikk ut på å straffe de utjenlige forsøk hvor gjerningsmannen ved en feiltagelse hadde valgt et utjenlig middel eller en uskikket gjenstand.

---

<sup>97</sup> SKM 1896 s. 90-93

<sup>98</sup> Skeie (1946) s. 288 som viser til SKM 1896 s. 93

<sup>99</sup> SKM 1896 s. 91-92

<sup>100</sup> For eksempel strl. § 355 (fremkalling av fare for allmennheten), § 371 (Bedrageri), § 327 (ran)

Som argument mot en slik tolkning mente kommisjonen at et utjenlig objekt aldri kunne velges uten feiltagelse. Videre sa Kommisjonen at et absolutt utjenlig middel alltid ville bli anvendt ut fra en villfarelse – enten ved forveksling med annet foreliggende, eller ved feilaktig tro på dets virkning. For å illustrere dette nevnte de personen som var innleid for å sprengte et hus i luften og som anvendte en tønne ufarlig glyserin som han selv trodde var høyeksplosiv nitroglyserin. Jeg er imidlertid enig med Kommisjonen i at de fleste utjenlige forsøk innebærer en forveksling eller feiltagelse. Etter min mening tror jeg dermed ikke at denne løsningen ville hatt stor betydning da en ville ende med den samme løsningen som gjelder etter norsk rett, nemlig at begge former for utjenlighet straffes.

På bakgrunn av det overnevnte valgte kommisjonen å beholde reglene om utjenlig forsøk etter kriminalloven, som bygde på den subjektive teori. Det er derfor denne typen forsøk bygger på lovbrysterens egne forestillinger. Tilslutningen til den subjektive teori kom også til uttrykk når lovens ordlyd ble endret til ”tilsigtedes” i strl. 1902 § 49. Bak formuleringen kunne man si at det ble oppstilt to vilkår, det ene var fullbyrdsesforsett, og det andre var at utjenlig forsøk må sees i lys av gjerningsmannens egen oppfatning.<sup>101</sup>

### **3.5 Utjenlig middel**

Den ene hovedårsaken til at forsøkshandlinger overhodet ikke kan føre til fullbyrdet forbrytelse er at man anvender et utjenlig middel. Man forsøker for eksempel å ta livet av en annen ved hjelp av stoff som man tror er farlig gift, i realiteten er det tale om et ufarlig stoff.<sup>102</sup> Middelet kan imidlertid også sies å være utjenlig når selve utførelsen fører til at middelet blir utjenlig. Vi har flest eksempler på forsøk med utjenlig middel i narkotikasaker.

At det er lovbrysterens egne forestillinger som er avgjørende ved utjenlig forsøk illustreres i Rt. 1932 s. 1034. En mann prøvde å åpne et pengeskrin med en taksten ved å slå på skrinet med stenen. Mannen trodde selv at han kunne få opp pengeskrinet med stenen. Han ble dømt for forsøk på grovt tyveri etter den dagjeldende strl. § 258 nr. 3, men anket fordi mannen mente at forsøket var utjenlig og kunne derfor ikke straffes. Høyesterett henviste her til at etter lovens motiver ”avhenger straffbarheten ikke av om handlingen i seg selv var tjenlig, men alene av om den angjeldende ansåes for tjenlig”. Anken ble forkastet og Høyesterett kom frem til at det var tale om straffbart forsøk med utjenlig middel.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Røstad (1997) s. 243

<sup>102</sup> Matningsdal/Bratholm (2015) s. 132

<sup>103</sup> Andenæs (2004) s. 353

### 3.5.1 Narkotikaforbrytelser med utjenlig middel

I Rt. 1975 s. 397 prøvde en 20 år gammel mann å smugle inn det han trodde var Preludin-tabletter som anses for å være narkotika. Det viste seg at stoffet ikke var et narkotikum. Forsvareren nedla påstand om frifinnelse da domfelte ikke førte noe ulovlig stoff inn i landet, og rent objektivt heller ikke forsøkte å gjøre det. Høyesterett viste til Rt. 1932 s. 1034 og juridisk litteratur, og fant det ikke tvilsomt at det var tale om straffbart forsøk med utjenlig middel.<sup>104</sup> Tiltalte ble straffet med ett års fengsel.

I en dom inntatt i Rt. 1984 s. 1320 dreide saken seg om to personer som hadde tilegnet seg elementære kunnskaper i kjemi. De foretok eksperimenter ved å koke sammen benzyl og ethylamin i den hensikt å fremstille et narkotisk stoff. Høyesterett betraktet forsøket som amatørmessig fordi forsøket aldri kunne lykkes. Det ble lagt avgjørende vekt på at de tiltalte hadde til ”hensikt å fremstille amfetamin eller et amfetaminderivat”. Begge ble straffet for utjenlig forsøk med fengsel i ett år og seks måneder.

I Rt. 1993 s. 916 hadde tiltalte oppbevart og fått en bekjent til å transportere en pakke som han trodde inneholdt ca. 300 gram amfetamin. Pakken viste seg å inneholde 289,1 gram koffein. Forholdet ble ansett som forsøk med utjenlig middel uten reell fare for spredning av amfetamin. Høyesterett kom til at det forelå straffbart forsøk med vekt på det subjektive forsøksprinsipp og at fullbyrdsesforsett forelå.<sup>105</sup> Dissens 3-2 med hensyn til straffutmålingen. Se punkt 3.8.

I en rekke narkotikasaker har gjerningsmannen hatt uriktig forestillinger om hvor mye kvantum det er tale om. La oss tenke oss at en tror en innfører 65 gram heroin som i realiteten viser seg å være 50 gram. Er det da tale om utjenlig forsøk av de mellomliggende gram? Dette var spørsmålet i en sak for lagmannsretten, hvor de avviste dette da det ikke var innført et utjenlig middel. Lagmannsretten begrunnelse var at det her ikke var tale om et middel som var utjenlig som sådan, det var imidlertid tale om en kvantumsmangel. Ved kvantumsmangel kunne det dermed ikke være rom for å straffedømme for utjenlig forsøk. Så vidt jeg kjenner til er ikke spørsmålet drøftet senere.<sup>106</sup>

Samlet sett har vi en del saker om forsøk utført med utjenlige midler hvor narkotikabestemmelserne i strl. § 231 og § 232 kommer til anvendelse. Med tiden har narkotikasaker blitt mer og mer aktuelt. Det er registrert betydelig mange saker i Norge den siste tiden. Det er derfor

---

<sup>104</sup> Rt. 1975 s. 397 s. 398

<sup>105</sup> Rt. 1993 s. 916 s 917

<sup>106</sup> RG 1998 s. 366. Lagmannsrettsdom har ikke den samme rettskildemessig verdi som Høyesterettsdom. Da spørsmålet ikke har blitt drøftet senere kan det tyde på at dette er utgangspunktet.

ingen grunn til å tro at det ikke vil dukke opp flere narkotikasaker vedrørende utjenlig forsøk. På bakgrunn av dette mener jeg det er viktig å opprettholde regelen om utjenlig forsøk.

### **3.6 Utjenlig objekt**

Den andre hovedårsaken til at forsøkshandlinger overhodet ikke kan føre til fullbyrdet forbrytelse er fordi forsøk er rettet mot et utjenlig objekt, også kalt forsøk med utjenlig mål. Et ofte brukt eksempel er tyven som stjeler fra tom lomme, eller den som skyter mot en trestubbe i tro at det er hans fiende. Disse straffes også etter norsk rett.

I Rt. 1947 s. 346 henvendte en kvinne, som trodde hun var gravid, seg til en som foretok fosterfordrivende behandling. Det viste seg imidlertid at kvinnen ikke var gravid og forsøket var derfor rettet mot et utjenlig objekt. Hun ble dømt til 30 dagers fengsel for forsøk på fosterfordrivelse etter strl. 1902 § 245. Her sa førstvoterende at: ”Domfelte har i den tro at hun var besvangret latt foreta inngrep som hun visste var egnet til å drepe fosteret, og som ikke kunne ha noen annen oppgave.”. En dommer dissenterte, og mente at loven forutsatte at kvinnen var gravid og hadde et foster som kunne være gjenstand for fosterdrap. Hvis kvinnen ikke var gravid kunne forbrytelsen overhodet ikke begås og da heller ikke straffes for forsøk.

I Rt. 2004 s. 598 dreide det seg om forsøk på bistand til hvitvasking av penger, jf. strl. av 1902 § 317. Tiltalte mottok et såkalt ”Nigeriabrev”, et svindelbrev som gikk ut på at noen nigerianere hadde behov for tiltaltes hjelp til å få overført et stort beløp fra et afrikansk land til Norge. Tiltalte skulle få et stort beløp som betaling. Tiltalte trodde at informasjonen i brevet inneholdt korrekte opplysninger. Da tiltalte skulle heve sjekken viste det seg at pengene ikke eksisterte. Forsøket ble ansett som forsøk rettet mot utjenlig mål. Tiltalte var i den tro at pengene var utbytte fra straffbare handlinger. Her ble det vist til tidligere rettspraksis og Brattholms definisjon. Førstvoterende sa bl.a.: ”Det som er fremholdt i rettspraksis og teori om at også absolutt utjenlige forsøk kan være straffbare, bygger på en tolkning av strl. § 49, og må gjelde også i vår sak. Jeg ser ingen prinsipiell forskjell mellom saksforholdet i denne saken og i de sakene der det har eksistert et eller annet fysisk objekt som det utjenlige forsøket har hatt tilknytning til.”. Tiltalte ble straffet for forsøk rettet mot utjenlig mål.

I en ”grooming-sak” inntatt i Rt. 2011 s. 1455 hadde tiltalte uttrykt via nettet at han ønsket å møte en jente under 16 år. Det ble imidlertid ikke avtalt noe møte. Etter dette gikk jenta til moren, som overtok utvekslingen av meldinger med tiltalte. Moren utga seg for å være jenta, og inngikk en avtale med tiltalte om å møtes. På dette tidspunkt handlet tiltalte med forsett om å begå seksuelt overgrep etter strl. 1902 § 201a, også kalt ”grooming-bestemmelsen”. Høyesterett kom til at tiltalte hele tiden trodde at det var jenta han pratet med og fant at det forelå

straffbart forsøk rettet mot et utjenlig objekt, siden straffebudets objektive vilkår ”barn under 16 år”, ikke var oppfylt.<sup>107</sup>

Det er nå sondret mellom forsøk rettet mot et utjenlig objekt eller mål, og forsøk utført med utjenlige midler. Undertiden kan forsøket både være rettet mot et utjenlig objekt og utført med utjenlige midler.<sup>108</sup>

Som en foreløpig konklusjon kan en slå fast at utjenlige forsøk straffes etter norsk rett. Dette gjelder både ved utjenlig og utjenlig objekt. Regelen gjelder imidlertid ikke uten unntak.

### **3.7 Lignende tilfeller**

Det er to tilfeller som det har vært store diskusjoner rundt, og som må sees i lys av utjenlig forsøk. Første typetilfelle er der det foreligger en straffrihetsgrunn uten at vedkommende er klar over at det foreligger en slik omstendighet. La oss tenke oss at A dreper B uvitende om at B har tenkt til å drepe C. Hadde A vært klar over situasjonen ville A blitt frifunnet om han påberopte seg nødverge etter strl. § 18. At A ikke kan påberope seg nødverge er det enighet om.<sup>109</sup>

Det store diskusjonstemaet er om forholdet skal straffes som fullbyrdet forbrytelse eller forsøk. I det følgende har A hatt til hensikt å drepe, og han har drept. Dermed er alle de objektive og subjektive vilkårene etter strl. § 275 oppfylt. På en annen side er ikke følgen han har fremkalt objektivt uberettiget siden A kunne påberope seg nødverge, og derfor må handlingen anses som en lignende form for utjenlig forsøk. Andenæs mener de beste grunner taler for den sistnevnte løsningen, uten noen nærmere begrunnelse.<sup>110</sup>

Vår straffelovgivning bygger på det subjektive forsøksprinsipp. Dette trekker i den retning at forholdet bør anses som fullbyrdet forbrytelse, hvor de subjektive og objektive vilkår i straffebudet er oppfylt. I lys av dette en foreliggende straffrihetsgrunn uten betydning siden lovbyteren ikke har kjennskap til den. Videre har gjerningsmannen faktisk kommet til fullbyrdelse, i motsetning til forsøk som utelukker fullbyrdelse grunnet utjenlighet.

Motsetningsvis bør den straffrie omstendighet tillegges noe vekt ettersom handlingen ikke er objektivt uberettiget. Forholdsmessighetsprinsippet sier at straffen skal være rimelig i forhold

---

<sup>107</sup> Rt. 2011 s. 1455 avs. 33

<sup>108</sup> Andenæs (1974) s. 326

<sup>109</sup> Andenæs (2004) s. 354

<sup>110</sup> Ibid

til handlingen, og en kan spørre seg om det er rimelig at disse tilfellene straffes likt. Svaret er ikke åpenbart.

Selv er jeg enig med Andenæs i at den rimeligste løsningen taler for at det må anses som et slags utjenlig forsøk. At det vil ha stor praktisk betydning hvilken løsning en velger, tror jeg imidlertid ikke. Om tilfellet skulle falle inn under fullbyrdet forbrytelse, er det grunn til å tro at den objektive straffrihetsgrunn ville føre til straffradrag slik at straffen ville blitt tilnærmet lik den straff som ble idømt om tilfelle falt innunder et slags utjenlig forsøk.

Det andre typetilfellet er der et vitne forklarer seg til politiet med hensikt å avgi falsk forklaring, men der forklaringen er i overensstemmelse med virkeligheten. Dette var tilfelle i Rt. 1934 s. 55. I det følgende uttalte Høyesterett: ”Hvad et vidne skal forklare sig om, er alltid hvad vidnet vet paa grunnlag av hans egne iakttagelser eller i henhold til andre kilder... En vidneforklaring er derfor falsk, naar den gaar ut paa at vidnet har iaktatt en begivenhet som det ikke har iaktatt, eller at det erindrer en begivenhet som det ikke erindrer, selv om begivenheten i virkeligheten er foregaatt nøiaktig paa den maate som forklaringen angir...”. Med dette la Høyesterett vekt på at forklaringen var falsk når vitnet hadde forklart seg om en begivenhet vitnet mente ikke hadde funnet sted, og kom til at det var tale om fullbyrdet forbrytelse.

### **3.8 Unntak**

Siden det ble fastslått at absolutt utjenlig forsøk var straffbart i Norge, har det vært enighet om at ikke alle former straffes. Her er særskilt to unntak nevnt, nemlig overtro og putativ imaginær forbrytelse.

#### **3.8.1 Overtro**

Forsøkshandlinger som skyldes ren overtro eller vrangforestillinger er unntatt fra regelen om utjenlig forsøk. Ørsted uttrykte det slik: ”Hvad uoplyst Ondskab maatte gjøre for, ved overnaturlige Midler, at skille nogen ved Livet, medfører ikke de Farer, mod hvilke Drabslovene søge at beskyrme Borgerne”.<sup>111</sup> For eksempel straffer man ikke den som ønsker å skade en annen person ved hjelp av en voodoo-dukke, eller går til kapellet for å be om sin nabos død. I dag må en spørre seg om gjerningsmannen er strafferettslig tilregnelig.<sup>112</sup> Likevel hadde man et slik tilfelle i Tyskland i 1900, hvor en kvinne hadde betalt to andre kvinner for at de skulle

---

<sup>111</sup> Ibid, se også Ørsted (1817) s. 153.

<sup>112</sup> Se nærmere om tilregnelighet i Eskeland (2013) kap. X.

ta livet av hennes mann ved å påkalle djevelens assistanse.<sup>113</sup> Kvinnen ble frifunnet med en begrunnelse som ligner på Ørsteds uttalelse. Den tyske loven er nå endret slik at disse tilfeller unndras for straff.

Begrunnelsen for unntaksregelen er at gjerningsmannen ikke går ut over handlefrihetens grenser. Eller slik Bratholm formulerer det: ”Handlingen i seg selv er ikke rettsstridig på tross av den onde hensikt.”<sup>114</sup>

Etter min mening ville det være å strekke forsøksansvaret for langt, om en eksempelvis kunne straffe den som ber om sin nabos død i kapellet etter strl. § 75 jf. strl. § 16. En slik tolkning kunne lett ført til et urimelig resultat. Det er også vanskelig å bevise at en mann med foldede hender i kapellet faktisk ber om noens død.

### 3.8.2 Imaginær (putativ) forbrytelse

Det andre unntaket gjelder for imaginær (også kalt putativ) forbrytelser. Det er handlinger som den handlende tror er straffbare etter loven, men i realiteten ikke er det.<sup>115</sup> En gifter seg eksempelvis med nevøen sin selv om man tror at det er straffbart.

Selv om vedkommende har vist en forbrytersk vilje, straffes heller ikke slike tilfeller. Årsaken til dette bygger på lovprinsippet i Grl. § 96. Forskjellen mellom imaginære forbrytelser og utjenlig forsøk er at handlingene ikke omfattes av noen straffebud. Motsetningsvis er det hjemmel for å straffe for eksempel utjenlig forsøk på drap strl. § 233 smh. med § 49.<sup>116</sup>

Resultatet kan for øvrig bli motsatt dersom en tror at det er lovlig å ha seksuelt samleie med et stebarn under 18 år, som er under ens omsorg. Da blir lovbryteren likevel straffet fordi det finnes en straffebestemmelse om dette i strl. § 314. Her er det tale om rettsvillfarelse etter strl. § 57. Bestemmelsen tar sikte på ikke-unnskyldelig rettsvillfarelse. Rettsvillfarelse kan imidlertid føre til nedsettelse av straff under den vanlige strafferamme.<sup>117</sup>

Det bør nevnes at uttrykket ”putativ” forbrytelse i teorien brukes noe ulikt. Flere forfattere har trukket ”utjenlig forsøk” innunder betegnelsen. Hagerup og Andenæs likestiller putativ og imaginær forbrytelse, og bemerker at termen putativ forbrytelse ”også – mindre heldig- har

---

<sup>113</sup> Andenæs (2004) s. 354

<sup>114</sup> Bratholm (1980) s. 338

<sup>115</sup> Andenæs (2004) s. 355

<sup>116</sup> Bratholm (1980) s. 339

<sup>117</sup> Se nærmere om rettsvillfarelse i Andenæs (2004) s. 256 flg.



vært anvendt på utjenlig forsøk”.<sup>118</sup> Mange teoretikere betegner det jeg har kalt *lignende tilfeller* i punkt 3.7 som putative forbrytelser. Jeg velger i denne oppgaven å likestille putative og imaginære forbrytelser, i likhet med Hagerup og Andenæs.

### 3.9 Tilbaketreden fra utjenlig forsøk

Jeg har tidligere sett på tilbaketreden fra forsøk etter strl. § 16 annet ledd. Ved utjenlige forsøk er også tilbaketreden mulig etter samme bestemmelse. Loven, forarbeider eller rettspraksis uttaler seg ikke. Det kommer imidlertid frem av juridisk litteratur, men noen inngående drøftelse på området foreligger ikke.<sup>119</sup>

Dermed må de samme vilkår oppstilles for utjenlige forsøk. Det forutsettes etter § 16 annet ledd at gjerningsmannen ”frivillig” avstår fra den videre forbryterske virksomhet, eller ”frivillig avverge[r]” at forbrytelsen blir fullbyrdet.

Ved utjenlige forsøk vil det objektivt sett ikke foreligge noe forbrytersk virksomhet, men gjerningspersonen tror selv at dette er tilfelle. I likhet med tilbaketreden fra forsøk taler verken allmennpreventive eller individualpreventive hensyn for å straffe tilbaketreden fra utjenlig forsøk.<sup>120</sup> Ifølge § 16 annet ledd er det en forutsetning at gjerningspersonen har overtrådt forsøkets nedre grense og befinner seg på forsøksstadiet. Det er mest nærliggende å legge til grunn at dette også gjelder for utjenlig forsøk.

For at tilbaketreden fra utjenlig forsøk skal lede til straffopphør må lovbrysteren foreta en handling som, etter hans forutsetninger, medfører at lovbruddet ikke vil bli fullbyrdet. Det avgjørende er at lovbrysteren selv tror han ”avstår” eller ”avverger” lovbruddet etter § 16 annet ledd.<sup>121</sup>

#### 3.9.1 Tilbaketreden fra ufullendt og fullendt forsøk.

Forsøket er ufullendt hvis lovbrysteren ennå har noe igjen å utføre før lovbruddet er fullbyrdet.<sup>122</sup> Det er imidlertid slik at et ufullendt utjenlig forsøk aldri vil ende med fullbyrdet forbrytelse, men dette er omstendigheter som gjerningsmannen selv ikke er klar over.

---

<sup>118</sup> Røstad (1997) s. 228 og 244, Andenæs (2004) s. 355

<sup>119</sup> Eskeland (2015) s. 350, Matningsdal/Bratholm (2003) s. 436, Bratholm (1980) s. 346

<sup>120</sup> Andenæs (2004) s. 360

<sup>121</sup> Eskeland (2015) s. 350, Matningsdal/Bratholm (2003) s. 436, Bratholm (1980) s. 346

<sup>122</sup> NOU 1992:23 s. 83

Et eksempel på tilbaketreden fra ufullendt utjenlig forsøk er A som ønsker å forgifte B i den hensikt å drepe vedkommende. Da A skal til å helle giften i glasset til B forveksler han giften med et ufarlig stoff, men før A putter stoffet i glasset angrer han seg og forholder seg passiv. A tror fortsatt at det er gift han har i hånden. A blir straffri etter § 16 annet ledd.

Om gjerningsmannen har gjort alt som er nødvendig for at fullbyrdelse skal skje etter hans forutsetninger, er det tale om et fullendt forsøk.<sup>123</sup> Heller ikke i slike tilfeller ville fullbyrdet forbrytelse noen gang funnet sted ved et fullendt utjenlig forsøk.

Et ofte brukt eksempel i juridisk teori på tilbaketreden fra fullendt utjenlig forsøk er A som har til hensikt å utføre skadeverk. A bruker et helt ufarlig stoff - som han selv tror er dynamitt. Selv om det rent faktisk ikke foreligger en forebyggelse, må gjerningsmannen også her kunne oppnå straffrihet. Det er nok at gjerningsmannen foretar en handling som etter hans egne forestillinger innebærer en "forebyggelse". Bratholm sier at det er "ingen grunn til å bedømme gjerningsmannen strengere i dette tilfellet enn når forsøket er tjenlig, selv om ordlyden ikke passer så godt på utjenlig forsøk".<sup>124</sup>

Etter en uttalelse i forarbeider vil oppdagelse være et moment i vurderingen være om tilbaketreden har skjedd "frivillig". De uttalte bl.a.: "Det avgjørende vil være om lovbrøyteren til tross for at virksomheten er oppdaget, regner med å kunne fullføre lovbruddet uten å bli tatt. Det vil særlig kunne være tilfelle hvor noen har oppdaget den straffbare virksomheten uten å være klar over hvem den skyldige er." <sup>125</sup>

Selv om unntaksregelen om tilbaketreden ikke er like anvendelig ved utjenlig forsøk må jeg si meg enig med Bratholm, det utgjør ingen subjektiv forskjell mellom et tjenlig eller utjenlig forsøk. Ettersom utjenlige forsøk straffes på bakgrunn av den forbryterske vilje og gjerningsmannens egne forestillinger, tilsier hensynet bak reglene at tilbaketreden bør gjelde i slike tilfeller. Etter mitt syn er det naturlig å legge til grunn at det ved frivillighetsvurderingen heller ikke gjøres forskjell mellom tjenlig og utjenlig forsøk, selv om det er vanskelig å oppdage en forbrytelse som objektivt sett ikke foreligger. Tror gjerningspersonen han er oppdaget i slike tilfeller, kan dette tenkes å være et moment som er av betydning ved vurderingen. Jeg har vanskelig for å se argumenter som taler imot en slik tolkning.

---

<sup>123</sup> Bratholm (1980) s. 346

<sup>124</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) s. 436, sitat fra Bratholm (1980) s. 346

<sup>125</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 416

### 3.10 Straffutmålingen ved utjenlig forsøk

I punkt 2.5 ble det nevnt at forsøk kan straffes mildere enn fullbyrdelse etter strl. § 80 b, jf. § 78 a. Dette gjelder også for utjenlig forsøk. Undertiden kan det være grunn til å straffe utjenlig forsøk mildere enn ordinære forsøk. I praksis skjer dette som oftest i saker som omhandler narkotika.<sup>126</sup> Jeg skal nå se på en rekke dommer som illustrerer dette.

I Rt. 1993 s. 916 hadde en mann oppbevart og fått en bekjent til å transportere en pakke som han trodde inneholdt amfetamin. Pakken viste seg å inneholde koffein. Høyesterett la avgjørende vekt på at forholdet ble ansett som utjenlig forsøk, som objektivt sett ikke innbar noen reell fare for spredning av narkotika, ved straffutmålingen. Med hensyn til straffutmålingen stemte to dommere for straffen lagmannsretten hadde satt, som var fengsel i 11 måneder. Flertallet mente det i denne saken var forsvarlig å anvende mildere straffart, og idømte 300 timer samfunnstjeneste.

Det finnes ingen klar angivelse for hvor mye straffen skal reduseres. I en dom inntatt i Rt. 2010 s. 287 vurderte Høyesterett dette spørsmålet. Det var den dagjeldende strl. § 162 tredje ledd første punkt som kom til anvendelse. Om fullbyrdet forbrytelse hadde foreligget ville strafferammen være tre til 15 års fengsel. Høyesterett la til grunn at straffen lå rundt fire år. Hovedspørsmålet i dommen var hvor stor betydning det skulle ha for straffutmålingen at saken gjaldt utjenlig forsøk. Forsvareren anførte at straffen ved utjenlig forsøk måtte reduseres, og kom dermed med en generell angivelse. Førstvoterende uttalte bl.a. ” Ved utjenlig forsøk på innførsel av narkotika er det ingen reell spredningsfare. Også dette må normalt føre til et betydelig fradrag i straffen.”. Det kunne imidlertid ikke ”gis noen generell angivelse av fradrag da de ulike typer av utjenlige forsøk er for forskjellige. Andre forhold av betydning vil kunne være lovbrysterens subjektive skyld, og hvorvidt forsøket er profesjonelt eller amatør-messig utført.”. Etter en samlet vurdering ble straffen fengsel i to år og seks måneder fengsel.

Hvorvidt politiets inngripen skal tillegges vekt ved straffutmålingen fremgår av Rt. 2002 s. 1372 der politiet hadde byttet ut heroin med et ikke-narkotisk stoff. Ved bedømmelsen av straffutmålingen uttalte Høyesterett at ” Etter [dagjeldende] strl. § 51 skal forsøk straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse. Men da det var politets inngripen som forårsaket at det ikke kom til fullbyrdelse, må fradraget bli begrenset”. Tiltalte ble idømt fengsel i fire år.

I Rt. 2011 s. 1455 utga moren seg for å være fornærmede. Det ble ved straffutmålingen lagt vekt på at fornærmede ikke var i fare, og at det var fornærmedes mor som hadde inngått avta-

---

<sup>126</sup> Matningsdal (2015) s. 706

le om å møte tiltalte. Selv om det i denne saken ikke var tale om en frifinnende fremprovosert handling, ble morens handlinger tillagt vekt i formildende retning. På denne bakgrunn ble straffen satt til tretti dagers fengsel.

I Rt. 2004 s. 598 ”Nigeriabrev-dommen” ble momenter som tid og domfeltes personlige forhold tillagt vekt ved straffutmålingen.<sup>127</sup> Straffen ble dermed fengsel i to år og seks måneder.

Som konklusjon er det visse momenter som bør tillegges vekt ved straffutmålingen. Når det er tale om utjenlig forsøk i narkotikasaker vil det være av betydning om det er tale om reell spredningsfare, politiets inngripen, fullbyrdelsesforsett og hvorvidt forsøket er utført på en profesjonell eller amatørmessig måte og mellomliggende kvantum få betydning.

I andre saker kan også momenter som politiets inngripen, aktiv medvirkning fra fornærmedes side, tidsmoment og domfeltes personlig forhold også tillegges betydning ved straffutmålingen. Likevel er det på det rene at straffen ved utjenlig forsøk er mildere enn fullbyrdet forbrytelse, og dessuten i noen tilfelle mildere enn ordinære forsøk.

### **3.11 Utjenlig forsøk på medvirkning**

#### **3.11.1 Innledning**

Ofte er det flere enn én person som er innblandet i en straffbar handling. Det kan være at de handler på lik linje slik at begge oppfyller gjerningsbeskrivelsen i det enkelte straffebud, et såkalt samvirke. Forholdet kan også være slik at de involverte har ulike roller, hovedmann og medvirker. A skaffer B en pistol med viten om at B har tenkt til å utføre et drap. A er dermed medvirker og B er hovedmann.<sup>128</sup> Hvordan skal A etter forsøksreglene straffes hvis han, uten å være klar over det, gir en pistol med løspatroner til B slik at forsøket blir utjenlig? Og vil det ha noen betydning for medvirkeren om A har gjort alt som var nødvendig fra hans side, men på grunn av Bs handlinger anses forsøket som utjenlig?

Vi har ingen uttrykkelig regler om utjenlig forsøk på medvirkning og medvirkning til utjenlig forsøk. Spørsmålet har heller ikke blitt drøftet inngående i forarbeider eller juridisk litteratur, men det fremgår klart etter tidligere rettspraksis at også medvirkning straffes i slike tilfeller.

*Forsøk på medvirkning* vil i denne sammenheng menes at medvirkeren har prøvd å medvirke, men medvirkerhandlingen mislykkes for eksempel fordi medvirkeren har gitt hovedmannen et utjenlig middel uten at medvirkeren er klar over dette. Dette ble tidligere kalt for *ufullendt*

---

<sup>127</sup> Rt. 2004 s. 598 avs. 44

<sup>128</sup> Matningsdal (2015) s. 101

*medvirkningsforsøk*. Med *medvirkning til forsøk* menes at medvirkeren har gjort alt som skulle gjøres etter medvirkerens forutsetninger, men gjerningsmannen overskrider ikke forsøkets øvre grense. Tidligere kalt *fullendt medvirkningsforsøk*.

### 3.11.2 Forsøk på medvirkning og medvirkning til forsøk

Det er gjeldende norsk rett at medvirkning straffes om betingelsene for straff er til stede. Bestemmelsen som sier at medvirkning er straffbart fremgår av strl. § 15, ”med mindre noe annet er bestemt”. Utgangspunktet er dermed at medvirkning omfattes av gjerningsbeskrivelsen, selv når det enkelte straffebud ikke har uttrykkelig hjemmel om dette. Har straffebudet en uttrykkelig hjemmel om at medvirkning ikke skal omfattes av gjerningsbeskrivelsen, er det ikke anledning til å straffe medvirkning. Slike unntak har vi for eksempel i strl. § 209 som omhandler brudd på taushetsplikt.

Den gamle straffelov av 1902 hadde ingen uttrykkelig generell regel om medvirkning. Likevel forutsatte loven at hvert enkelt straffebud måtte leses med medvirkningstillegg, med mindre noe annet var uttrykkelig nevnt i loven.

Hovedregelen etter norsk rett er at medvirkeren og hovedmannen vurderes hver for seg ved bedømmelsen om straff, eller ved bedømmelsen av straffutmålingen. Dette støttes av lovmotivene.<sup>129</sup> Medvirkeransvaret er et selvstendig ansvar, og på bakgrunn av dette skal medvirkeren straffes for medvirkning om denne har gjort det som kreves av ham. Hvor langt hovedmannen har kommet er uten betydning. Om medvirkeren har gjort alt han skulle gjøre vil en kunne si at medvirkningen er fullbyrdet. Til tross for dette kan medvirkeren likevel ikke straffes for fullbyrdet medvirkning, dersom hovedmannen selv ikke har fullbyrdet forbrytelsen.<sup>130</sup> Dette er fastslått i juridisk teori og rettspraksis.<sup>131</sup> Et eksempel på dette er der medvirkeren gir hovedmannen en kniv i viten om at han skal drepe, men hovedmannen velger i stedet å bruke skytevåpen som viser seg å inneholde løskrutt.

Selv om medvirkeren bare kan straffes for medvirkning til forsøk dersom hovedmannen ikke har overtrådt forsøkets øvre grense, vil dette ikke nødvendigvis være gjeldende for forsøkets nedre grense. Medvirkeren går ikke straffri selv om hovedmannen befinner seg innenfor straffri forberedelse. I slike tilfeller kan medvirkeren straffes for medvirkning til forsøk, da det ikke lenger avhenger av ham om forbrytelsen fullbyrdes eller ikke.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> SKM 1896 s. 103

<sup>130</sup> Eskeland (2015) s. 215

<sup>131</sup> Husabø (1999) s. 200, jf. Bratholm (1980) s. 322, Andenæs (2004) s. 338

<sup>132</sup> Andenæs (2004) s. 338-339

Dette var tilfelle i Rt. 2013 s. 1143 som gjaldt utjenlig forsøk. Saken gjaldt bl.a. forsøk på fremstilling av sprengstoff, etter den dagjeldende bestemmelse i strl. 1902 § 161 tredje ledd, jf. første ledd bokstav a. Bestemmelsen lød slik: "...den som i hensikt å begå en forbrytelse tilvirker sprengstoff...straffes med fengsel inntil 6 år...medvirkning straffes på samme måte.". Hovedmannen ble frifunnet av lagretten fordi det ble lagt til grunn at han ikke hadde overskredet forsøkets nedre grense. En av medvirkerne anførte at når hovedmannen ikke hadde kommet så langt at han kunne straffes, kunne heller ikke medvirker straffes. Dette sa Høyesterett seg uenig i. Det var ikke tvilsomt at medvirkeren hadde overskredet grensen til straffbart forsøk da han leverte fra seg flasken som han trodde inneholdt hydrogenperoksid til hovedmannen. I realiteten hadde politiet byttet ut stoffet med vann.

En forutsetning for straffbar medvirkning er at det foreligger en viss form for tilknytning mellom forbrytelsen og medvirkerhandlingen.<sup>133</sup> Det kreves imidlertid ikke at medvirkerhandlingen har vært en nødvendig betingelse, men handlingen må ha vært en medvirkende årsak.<sup>134</sup> At hovedmannen uansett ville ha forsøkt å fullbyrde forbrytelsen, med eller uten hjelp fra medvirkeren, er uten betydning.<sup>135</sup> I visse tilfeller oppfylles ikke kravet til tilknytning mellom forbrytelse og medvirkerhandling. For eksempel der medvirkeren gir råd eller midler som hovedmannen velger ikke å anvende, eller at medvirkeren har gitt hovedmannen et utjenlig middel uten at medvirkeren er klar over en slik utjenlighet, slik at hovedmannen selv måtte skaffe seg tjenlig middel. Tilknytningskravet får likevel ikke betydning når forbrytelsen ikke blir fullført.<sup>136</sup>

Som hovedregel kreves det at medvirkeren har forsett om at hovedmannen fullfører selve utførelsen, og at han bidrar til dette. I likhet med forsøksregelen må således medvirkeren ha fullbyrdesforsett, som omfatter medvirkningshandlingen og hovedmannens handlinger.<sup>137</sup>

I en kjennelse inntatt i Rt. 2004 s. 598 dreide saken seg om forsøk på bistand til hvitvasking av penger, jf. strl. § 317. Saken gjaldt bl.a. medvirkning til utjenlig forsøk. Medvirkeren hadde blitt dømt for medvirkning til bedrageri og bruk av falskt dokument i tingretten fordi han mottok en falsk sjekk og sendte den til hovedmannen. Medvirkeren anførte at han hadde gitt uttrykk for at sjekken kunne være falsk, slik at hovedmannen kunne avdekke dette. Høyesterett uttalte imidlertid at det ikke forelå tilstrekkelig bevis for at medvirkeren "visste eller fant

---

<sup>133</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411

<sup>134</sup> Andenæs (2004) s. 326, Rt. 1989 s. 1004

<sup>135</sup> Andenæs (2004). 327

<sup>136</sup> Husabø (1999) s. 202

<sup>137</sup> Husabø (1999) s. 204

det overveiende sannsynlig at hovedmannen ville benytte sjekken som ekte”. Medvirkeren ble dermed frifunnet. For nærmere beskrivelse av saksforholdet se punkt 3.5.

Hvis medvirkeren har forsøkt å medvirke, men mislykkes på grunn av midlets eller objektets utjenlighet, er det naturlig å legge til grunn at reglene om utjenlig forsøk også gjelder for medvirkeren. For eksempel hvis han, uten å være klar over det, gir en pistol til B med løspatroner slik at forsøket blir utjenlig. Det er mye som taler for at det er medvirkerens egne forestillinger som vil være avgjørende i slikt tilfelle. Hensynene bak reglene om utjenlig forsøk og selvstendig medvirkningsansvar taler for en slik bedømmelse. Jeg kan ikke finne holdepunkter som tilsier noe annet. At forsøket til medvirkning var utjenlig vil trolig bli et moment i straffutmålingen, slik at straffen for medvirkning reduseres.

Medvirkeren straffes også for medvirkning i de tilfeller medvirkeren gir hovedmannen et utjenlig middel, som fører til at hovedmannen selv må skaffe et tjenlig middel. Dette illustreres i Rt. 2013 s. 1143 som nevnt ovenfor. Hovedmannen hadde bedt medvirkeren om å skaffe hydrogenperoksid med styrkegrad på 30%. Medvirkeren kom imidlertid tilbake med 10% hydrogenperoksidoppløsning som hovedmannen ikke kunne anvende. Førstvoterende uttalte bl.a.” Etter min mening har B, ved å stille flasken til As disposisjon, forsøkt å medvirke til at A skulle overtre straffeloven § 161 første ledd bokstav b. At A ga flasken tilbake for at B skulle oppbevare den for ham, endrer ikke dette. Heller ikke er det av betydning at forsøket skjedde med et utjenlig middel.”.

Samlet sett er det klart at medvirkning straffes selv ved utjenlig forsøk, uansett hva som var grunnen for at forsøket ble utjenlig.

### 3.11.3 Medvirkers tilbaketreden fra utjenlig forsøk

I likhet med hovedmannen gjelder regelen om tilbaketreden fra forsøk også for medvirkeren, jf. strl. § 16 annet ledd. For at tilbaketreden fra medvirkning til forsøk skal foreligge, kreves det at medvirkeren frivillig avstår fra den videre virksomhet eller avverger fullbyrdelse. Han må derfor frigjøre seg fra det medvirkningsansvar han la grunnen for<sup>138</sup>. Her må det igjen skilles mellom ufullendt og fullendt medvirkningsforsøk.

Ved ufullendte forsøk er det nok at hovedmannen ikke fullfører det han har startet på, og en skulle dermed tro at det samme også gjelder for medvirkeren. Dette er for øvrig ikke tilfelle. I Rt. 1984 s. 1300 hadde to menn bestemt seg for å stjele en bil. På vei bort til bilen fikk den ene betenkeligheter, og gav uttrykk for at han ikke ville være med likevel. Da den andre had-

---

<sup>138</sup> Rt. 1984 s. 1300 s. 1301

de tatt seg inn i bilen, ble han med på kjøreturen. Høyesterett mente at medvirkeren måtte ”på en klarere måte ha distansert seg fra det straffbare forhold dersom han skulle frigjøre seg fra det medvirkningsansvar han la grunnen for.”.

Ved fullendte forsøk oppstilles det krav om at en aktivt forebygger forbrytelsen. I likhet med hovedmannen kreves det en faktisk forebyggelse. Men hvis det er enighet om forebyggelse mellom medvirker og hovedmann, er det nok at én av de foretar selve forebyggelseshandlingen.<sup>139</sup> Dette viser at ordlyden tolkes innskrenkende. Det er ikke nok at den enkelte avstår fra fullbyrdelse for egen del, det kreves i tillegg at han gjør noe aktivt for å forhindre at de andre fullbyrder handlingen.<sup>140</sup>

Spørsmålet ble behandlet i Rt. 1998 s. 462 hvor medvirkeren var frifunnet i lagmannsretten for medvirkning til falsk forklaring i en promillesak. Lagmannsretten hadde kommet til at det forelå tilbaketreden fra forsøk etter strl. 1902 § 50 annet alternativ. Før hovedmannen skulle forklare seg til politiet hadde medvirkeren bedt ham om ikke å forklare seg uriktig, slik de i utgangspunktet hadde avtalt. Førstvoterende uttalte at ”Etter ordlyden bortfaller ikke straffbarheten med mindre følgen uteblir. Tiltaltes forsøk på å avverge følgen og at han har vist vilje til å hindre den, er ikke tilstrekkelig...”. Videre sa førstvoterende at medvirker ”må nøytralisere sin medvirkningshandling ved å gjøre det klart at han ikke vil være med.”. Dette var ikke tilfelle i saken, og tilbaketreden forelå ikke.

Etter mitt syn er det i dette tilfelle ingen grunn til å bedømme medvirkeren strengere enn når forsøket er tjenlig, se punkt 3.8.1. Det må stilles samme vilkår ved tjenlig og utjenlig forsøk for å oppnå straffopphør etter strl. § 16 annet ledd. En kan imidlertid se at reglene ikke er like anvendelige ved utjenlig forsøk. I det følgende forutsettes det at også hovedmannen har de samme forestillinger som medvirkeren, og tror at middelet er tjenlig.

Ved et ufullendt medvirkningsforsøk kan man tenke at A skal låne ut sin jakthagle til B med viten om at den skal brukes til å drepe en annen. A er i den tro at haglen inneholder patroner, men den inneholder løspatroner. Da han er på vei til B sitt hus ombestemmer han seg og ønsker ikke å ta del i forbrytelsen. For at betingelsene for tilbaketreden skal være oppfylt må A for det første gi B klar beskjed om at han ikke støtter den forbryterske plan, og for det andre må han ta med haglen hjem igjen.

---

<sup>139</sup> Bratholm (1980) s. 348.

<sup>140</sup> Eskeland (2015) s. 350-351



For å beskrive fullendt medvirkningsforsøk tar jeg utgangspunkt i eksempelet ovenfor. Forskjellen er at A ombestemmer seg på vei hjem etter at han har gitt jakthaglen til B. A er fortsatt i den tro at det er patroner i haglen. Her må medvirkeren foreta de handlinger som etter hans egne forestillinger innebærer ”forebyggelse”, ved at han for eksempel henter haglen og får B til å ombestemme seg.

## **4 Komparativ rett**

Enkelte land straffer absolutt utjenlig forsøk, andre har begrenset straffbarheten til å gjelde visse typer utjenlighet, slik at absolutt utjenlig forsøk ikke omfattes av reglene.<sup>141</sup> For å belyse rettstilstanden ytterligere, vil jeg i følgende del se nærmere på enkelte andre lands oppfatning av utjenlige forsøk. Oppgaven tar sikte på utjenlig forsøk i svensk, dansk og tysk rett for å sammenligne norsk og utenlandsk rett.

Årsaken til at jeg drøfter det svenske forsøksbegrepet er for det første fordi Sverige har tilsynelatende likt rettssystem som Norge, og er naturlig å sammenligne seg med. For det andre har Sverige et helt annet forsøksbegrep enn det norske, ettersom det svenske forsøksbegrepet har sitt utgangspunkt i en mer objektiv forsøkslære.

Den tyske straffelovgivningen bygger, i likhet med den norske, på det subjektive forsøksprinsipp, men med en noe annen løsning. Dermed er det naturlig å sammenligne norsk og tysk rett. Det som er interessant er at det tyske rettssystemet er meget annerledes enn det norske, derfor er det spennende å se at landene på akkurat dette området er tilnærmet like.

I likhet med Sverige er det også naturlig å drøfte forsøksbegrepet i Danmark fordi det har mange likhetstrekk med de norske reglene, men også her er det noe annen løsning for utjenlige forsøk.

### **4.1 Utjenlig forsøk etter svensk rett**

Definisjonen på forsøk etter den svenske straffelov er nedfelt i Brottsbalken (heretter BrB.) av 1962 i kapittel 23 1§ og lyder som følger:

”Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet, såframt fara förelegat att

---

<sup>141</sup> Bratholm (1987) s. 337

handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten.

Straff för försök bestämmes högst till vad som gäller för fullbordat brott och må ej sättas under fängelse, om lägsta straff för det fullbordade brottet är fängelse i två år eller däröver.”.

For å kunne straffe forsøk etter svensk rett må det etter bestemmelsens første ledd annet punktum foreligge en fare for at handlingen fullbyrdes. Ifølge bestemmelsen er det *konkret fare* en sikter til.<sup>142</sup> Om en da ved farevurderingen kommer til at det ikke foreligger en konkret fare, er neste spørsmål om dette er på grunn av tilfeldige omstendigheter. Om det foreligger tilfeldige omstendigheter kan man likevel straffes for forsøk etter svensk rett. Dermed følges et mer objektivt forsøksprinsipp, se punkt 3.4.1.

Med utjenlig forsøk etter den svenske definisjonen menes forbrytelser som fra starten av var forutbestemt til å mislykkes, og som ikke innebærer noen konkret fare før fullbyrdelse.<sup>143</sup> Loven har ingen uttrykkelig regel om utjenlige forsøk. Da loven oppstiller et krav om konkret fare, vil utjenlige forsøk som oftest falle utenfor, men ikke alltid. Det kan nemlig foreligge tilfeldige omstendigheter i det enkelte tilfelle som gjør at utjenlige forsøk straffes.

Et eksempel på dette har man i en svensk dom fra 1985. Saken dreide seg om to menn som hadde stjålet noen vesker som lå i bilen til en annen. De tiltalte i saken trodde at veskene inneholdt edelstener til en verdi av minst 2 millioner. Realiteten var at veskene var tomme fordi politiet hadde byttet ut veskene. Högsta Domstolen uttalte at det ikke forelå noen konkret fare for fullbyrdelse når veskene var tomme, men kom til at faren var utelukket på grunn av tilfeldige omstendigheter. De to tiltalte ble dermed straffet for utjenlig forsøk.<sup>144</sup>

I vurderingen av hvorvidt det foreligger en tilfeldig omstendighet tar man utgangspunkt i gjerningsmannens egne forestillinger, og hvilke handlingsalternativer han står overfor. For eksempel om gjerningsmannen hadde en mulighet til å velge flere tjenlige handlingsalternativer<sup>145</sup>, men klarte å velge et utjenlig, er vilkåret oppfylt. Han kan da straffes for utjenlig forsøk etter bestemmelsen.

---

<sup>142</sup> Wennberg (2010) s. 206

<sup>143</sup> Wennberg (2010) s. 203

<sup>144</sup> NJA 1985 s. 544

<sup>145</sup> Bruk av ordet *handlingsalternativer* har blitt kritisert av svenske jurister da det kan være misvisende, se for eksempel NJA 2003 s. 670.

Motsetningsvis hvis gjerningsmannen har hatt flere handlingsalternativer hvor alle var utjenlige, slik at heller ikke etter noen omstendighet kunne foreligge en fare for fullbyrdelse, er det tale om et straffritt utjenlig forsøk.<sup>146</sup>

For eksempel tyven som putter hånden i en annen manns tomme lomme i den hensikt å stjele. At lommen viser seg å være tom utelukker fare på grunn av en tilfeldig omstendighet, da tyven kunne valgt en annen person som hadde verdier i lommen.

På bakgrunn av dette ser man dermed at svensk rett straffer de relative utjenlig forsøk, men ikke de absolutte utjenlige. Grensen mellom absolutt og relativt utjenlig forsøk kommer derfor klart frem. Absolutt utjenlige forsøk straffes ikke etter svensk rett da vilkåret om fare ikke etter noen omstendigheter kunne blitt oppfylt. Relativt utjenlig forsøk og de tilfeller hvor det er tale om forveksling straffes etter BrB 23:1 ”sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten”.

Straffelovkommisjonen mente man ikke kunne velge å straffe enten absolutt utjenlighet eller relativ utjenlighet, hvis det skulle oppstilles et krav om fare måtte begge utelukkes. Til dette nevnte de at den som hadde forsøkt å drepe ved hjelp av arsenikk, men ved en forveksling tar sukker, måtte gå straffri. Det samme gjaldt den som tror han skyter på et menneske, men skyter på en trestubbe, eller på hatten som han antar er hodet.<sup>147</sup> Likevel ser man nettopp en slik løsning etter svensk rett. De svenske regler utelukker de absolutt utjenlige forsøk, men straffer de relativt utjenlige, dermed ville man etter svensk rett mest sannsynlig straffet kommisjonens eksempler fordi faren er utelukket på grunn av tilfeldige omstendigheter.

## **4.2 Utjenlig forsøk etter tysk rett**

Den tyske straffelov av 1871 har forsøksreglene nedfelt i Strafgesetzbuch (heretter StGB.) §§ 22 og 23. Den førstnevnte bestemmelsen definerer forsøkets nedre grense slik: ”Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.”. (*Ett straffbart forsøk, avgjøres etter gjerningsmannens egne oppfatninger av de ytre omstendigheter*)

Regelen viser at tysk rett bygger på den subjektive forsøkslære. Likevel oppstilles det et objektivt krav om at den forbryterske vilje må kunne leses ut fra forsøkshandlingene. Dette min-

---

<sup>146</sup> Wennberg (2010) s. 212, NJA 1992 s. 679.

<sup>147</sup> SKM 1896 s. 91-92

ner noe om de norske reglene om forsøk, punkt 2.3. Dermed er det ikke tale om en ren subjektiv vurdering etter tysk rett.<sup>148</sup>

I den tyske straffelov § 23 går man nærmere inn på forsøket. Den lyder slik:

”(1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. (*Forsøk på forbrytelse er straffbart, det samme gjelder forsøk på forseelse der det er uttrykkelig bestemt*)

(2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (*Forsøk kan straffes mildere enn fullbyrdelse*)

(3) Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern” (*Der lovbrøyteren har handlet med grov uforstand eller misforstått objektets art eller middel, slik at gjerningen aldri kunne ikke føre til fullbyrdelse, kan retten etter skjønn redusere eller frita for straff*)

Utjenlige forsøk omfattes av lovens ordlyd ”grobem Unverstand verkannt”. Slike forsøk straffes som hovedregel, men retten kan idømme mildere straff eller frita helt for straff. Der lovbrøyteren har misforstått objektets art eller middel omfatter anvendelse av overnaturlige midler og imaginære (putative) forbrytelser.<sup>149</sup>

Reglene bygger på den såkalte ”Eindruckstheorien” som den tyske juristen Jescheck kom med i 1987. Det vil si at de tyske forsøksreglene bygger på at den forbryterske vilje er avgjørende, men forutsetter at det må være tale om handlinger der allmennhetens tillitt til rettssystemet og en krenkelse av rettssikkerheten kan gi betenkeligheter.

Enklere forklart kan man bare bli straffet for utjenlig forsøk etter tysk rett om det vil være betenkelig for allmennheten at gjerningsmannen går straffri. Det er således ingen grunn til å straffe de mest håpløse utjenlige forsøk, da slike sjelden vil føre til en mistillit fra allmennheten.

På bakgrunn av dette kan man trygt si at det er ikke mye som skiller de tyske reglene om utjenlig forsøk fra de norske i praksis. Utjenlige forsøk faller inn under lovens ordlyd ”grov uforstand”, slik at retten kan idømme en mildere straff. Videre er det påfallende sjelden at

---

<sup>148</sup> Husabø (1999) s. 347-348

<sup>149</sup> Wennberg (2010) s. 96-97, se også Henriksen (1994) s. 55-56.

utjenlig forsøk med overnaturlige midler straffes etter tysk rett.<sup>150</sup> Det er imidlertid en avgjørende forskjell at retten har adgang til å velge å straffe utjenlig forsøk eller ikke etter de tyske bestemmelsene, hvor svekkelse av allmennhetens tillit og krenkelse av rettssikkerheten skal vektlegges. Et slikt krav oppstilles ikke etter norsk rett, som kan igjen føre til at like tilfeller for utjenlig forsøk kan straffes ulikt ettersom det er norsk eller tysk rett som kommer til anvendelse. For eksempel kan det føre til at narkotikaforbrytelser som omhandler ikke et narkotikum ende med straffrihet fordi det ikke foreligger noen reell spredningsfare eller svekkelse av allmennhetens tillit, men de straffes derimot etter norsk rett.

### **4.3 Utjenlig forsøk etter dansk rett**

Det er den danske juristen Ørsted som i stor grad har preget de danske reglene om utjenlig forsøk. Den danske straffelovgivning bygger på den subjektive forsøkslære, Ørsted.

Ifølge den danske straffelov av 1930 § 21 straffes forsøk slik :

”Handlinger, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg.

Stk. 2. Den for lovovertrædelsen foreskrevne straf kan ved forsøg nedsættes, navnlig når forsøget vidner om ringe styrke eller fasthed i det forbryderiske forsæt.

Stk. 3. For så vidt ikke andet er bestemt, straffes forsøg kun, når der for lovovertrædelsen kan idømmes en straf, der overstiger fængsel i 4 måneder.”

Bestemmelsens første ledd har likhetstrekk med den gamle ordlyden i straffeloven av 1902 § 49, ”Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.”. Likevel er det prinsipielle forskjeller. Som den danske ordlyden tilsier strekker forsøksansvaret seg lengre enn norsk og svensk rett. Lovens formulering ”Handlinger” omfatter også forberedende handlinger, og straffes etter dansk rett. Forsøksansvaret gjør seg gjeldende allerede når den første forberedende handling begynner.

Skyldkravet etter forsøksregelen er forsett ”Handlinger, som sigter til...”, det siktes til alminnelig forsett i likhet med norsk rett. Problematikken rundt dette er å bevise at gjerningspersonen handler med forsett på det forberedende tidspunkt. Den danske juristen Waaben mener

---

<sup>150</sup> Ibid

imidlertid at det må oppstilles et krav om at gjerningsmannens handlinger tilsier at han har bestemt seg for å fullbyrde forbrytelsen.<sup>151</sup>

Den danske professoren Toftegaard Nielsen definerer utjenlig forsøk på følgende måte: Det er tilfælde, hvor forsøgshandlingen objektivt er ufarlig i den forstand, at den ikke kan føre til forbrydelsens fullbyrdelse”.<sup>152</sup> Det er sikker dansk rett at utjenlig forsøk straffes etter § 21, både forsøk med utjenlig middel og forsøk mot et utjenlig objekt.

I en dansk høyesterettsavgjørelse inntatt i U 1984. 76 H ble en mann straffet for utjenlig forsøk da han forsøkte å smugle inn det tiltalte trodde var heroin, stoffet viste seg imidlertid å være et ikke-narkotisk stoff. I en annen sak som dreide seg om forsøk på voldtekt, ble tiltalte straffet for forsøk selv om det viste seg at offeret var død.<sup>153</sup>

Etter dansk rett behandles utjenlige forsøk under det som kalles *putative forbrytelser eller forsøk*. Putative forbrytelser etter dansk rett er der det foreligger en villfarelse, enten faktisk eller rettslig. Slike tilfeller straffes etter § 21 under den forutsetningen at handlingen vil føre til fullbyrdelse etter gjerningsmannens egne forestillinger.<sup>154</sup>

I motsetning til norsk rett blir de tilfeller hvor det er tale om rettsvillfarelse omhandlet under de såkalte utjenlige forsøk. Dette vil jeg ikke gå nærmere inn på. Oppgaven viser at det er vesentlige forskjeller mellom norsk og dansk rett når det kommer til forsøksreglene, med særlig vekt på forberedende handlinger. Når det kommer til de utjenlige forsøk er reglene forholdsvis like.

---

<sup>151</sup> Waaben (1999) s. 199

<sup>152</sup> Nielsen (2008) s. 161

<sup>153</sup> U 1950. 29 H

<sup>154</sup> Nielsen (2008) s. 161-163

## **5 Avslutning**

### **5.1 Oppsummering**

Oppgaven har tatt sikte på rettstilstanden de lege lata. Siden reglene om utjenlig forsøk er svært gamle har de hensyn og synspunkter rundt regelen ikke er like holdbare, er det mye som taler for endringer av regelen for å oppnå bedre løsninger som den komparative delen viser. Norsk og dansk rett har hatt like regler om utjenlig forsøk helt siden forsøksregelen kom i 1842.

Hovedregelen etter norsk rett er at utjenlige forsøk straffes, de absolutte så vel som de relativt utjenlige. Ved bedømmelsen er det gjerningmannens egne forestillinger som er avgjørende. Det skilles mellom forsøk med utjenlig middel, og forsøk rettet mot utjenlig mål. Reglene om utjenlig forsøk må sees i sammenheng med de alminnelige forsøksreglene, dermed må vilkårene for ordinære forsøk også gjelde for utjenlig forsøk. Når forsøkets nedre og øvre grense gjelder ved utjenlig forsøk, er det enklere å bevise den forbryterske vilje og at det er tale om straffbart forsøk. Det er enkelte områder hvor reglene ikke er like anvendelig, for eksempel ved tilbaketreden fra utjenlig forsøk og medvirkers tilbaketreden fra utjenlig forsøk. Reglene må også her være like når man først skal opprettholde regelen om straffe utjenlig forsøk fordi de tjenlige forsøk og de utjenlige forsøk bunner ut fra samme lovbestemmelse. Det hender ikke sjelden at utjenlig forsøk straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse, undertiden hender det at de også straffes mildere enn ordinære forsøk.

Selv om hovedregelen er at begge former for utjenlighet straffes, fører ikke absolutt utjenlighet til straff i praksis fordi de er vanskelig å oppdage.<sup>155</sup> Andenæs sier at ”Det har vært forsøkt å begrense straffbarheten for forsøk som ikke fortjener å bli tatt alvorlig”.<sup>156</sup> Han referer her til de absolutt utjenlige forsøk. Derimot har man enda ikke lyktes i å begrense straffbarheten for utjenlig forsøk, foruten utjenlighet grunnet overnaturlige midler og imaginære (putative) handlinger.

### **5.2 Kommentarer til Straffelovkommisjonens argumentasjon**

I lovforarbeidene til strl. av 1902 ble det drøftet om man skulle straffe utjenlige forsøk, samt skillet mellom absolutt og relativ utjenlighet. Både lovgivere, juridisk teori og rettspraksis har sluttet seg til dette. Drøftelsen er derfor sentral i dag ettersom det ikke i senere tid har blitt drøftet. Dermed er det naturlig å ta utgangspunkt i straffelovkommisjonens uttalelser.

---

<sup>155</sup> Bratholm (1980) s. 337

<sup>156</sup> Andenæs (2004) s. 352

Straffelovkommisjonen mente at det måtte være snakk om tjenlige midler eller tjenlig objektiv om det skulle oppstilles et krav om fare. Det virker som kommisjonen mener det må være tale om tjenlige forsøk for å kunne oppstille et krav om fare. Er dette tilfelle må argumentet i dag avfeies når en viser til den svenske løsningen der en kan straffe utjenlige forsøk etter visse betingelser.

Kommisjonen uttalte videre at ” Af endnu større Betydning er det, at man vanskelig kan finde nogen holdbar Grænse mellem de absolut og de alene relativt utjenlige”.

Med dette mente kommisjonen at man utelukket både absolutte og relativt utjenlige forsøk og det ble lagt stor vekt på at grensen var uklar og vag. Her konstateres det raskt at det ikke finnes noen holdbar grense, og går rett til den konklusjon at begge former bør straffes. Om en av grunnene til at det ikke ble trukket opp en grense var nettopp fordi den var vanskelig å trekke, er et mindre godt argument etter mitt syn. Det er mange vage og uklare grenser i norsk lovgivning. En behøver ikke gå lenger enn til forsøkets nedre grense. Det er rettspraksis som gjennom tidene har kommet med klarere retningslinjer om hvordan grensen skal bli trukket. Det kan tenkes at det er enklere for domstolen å vurdere straffbarheten ved utjenlig forsøk når ingen grense er trukket, og begge former straffes. På en annen side vil det neppe føles rimelig for den tiltalte.

Videre hevdet kommisjonen at det ikke var grunn til å begrense forsøkets straffbarhet. En slik innskrenkning kunne føre til lite rimelige resultater. Hva som er rimelig eller ikke beror på om man ser det fra et objektivt eller et subjektivt synspunkt. Noen mener at det er urimelig å straffe når det ikke foreligger en rettskrenkelse. Andre mener at det er urimelig at en går straffri når man har vist en forbrytersk vilje. Dermed avhenger det av hvilken forsøkslære man støtter seg til.

På bakgrunn av dette er argumentene mindre gode i dag. Jeg kommer med mange kritiske bemerkninger i lys av straffelovkommisjonens uttalelse, det betyr derimot ikke at jeg synes at reglene om utjenlig forsøk som sådan er dårlige. Det jeg savner mest er argumenter *for* å straffe den absolutte og den relative utjenlighet.

### **5.3 De lege ferenda betraktninger**

Reglene om utjenlig forsøk følger de alminnelige forsøksregler. Dette vil gjøre det enklere for retten da den skal vurdere hver enkelt sak. Når rettstilstanden de lege lata er slik, mener jeg at det også må gjelde på de områder hvor regelen om utjenlig forsøk er mindre anvendelig. Årsaken til dette er fordi det er vanskelig å bevise den forbryterske viljen i slike tilfeller. Det er



også naturlig at endringene ved forsøksreglene gjelder alle områder som omfattes av forsøksbestemmelsen. Spørsmålet er således om reglene om utjenlig forsøk slik de er i dag, er gode nok.

Utgangspunktet er at den forbryterske vilje er avgjørende ved utjenlig forsøk. Ørsted mente at den forbryterske viljen avgjør straffbarheten. At handlingen ikke var straffbar på grunn av en omstendighet lovbryteren ikke var klar over, kunne dermed ikke være avgjørende.<sup>157</sup> Norsk rett synes å støtte seg til dette. Det er lovbryterens egne oppfatninger som er avgjørende i lys av det subjektive forsøksprinsipp, dermed er det ikke umulig at man trekker inn lovbryterens personlige egenskaper som igjen kan føre til urimelige resultater. For eksempel den som har tidligere begått et narkotikalovbrudd blir straffet for utjenlig forsøk fordi man mener at det her foreligger en forbrytersk vilje, og kommer frem til at den tidligere ustraffede personen ikke hadde det, slik at den går straffri.

Når man videre sammenligner de ordinære forsøkshandlinger med de utjenlige, er de ordinære forsøkshandlingene mer straffverdig fordi disse kan føre til fullbyrdelse. De utjenlige forsøkshandlingene kan ikke etter noen omstendighet føre til fullbyrdelse. En kan dermed spørre seg om straffansvaret strekker seg for langt da det objektivt ikke foreligger en straffbar handling. De fleste høyesterettssakene handler om at den omstendigheten som gjør handlingen straffbar ikke er oppfylt. For eksempel i Rt. 1947 s. 346 om forsøk på fosterdrap eksisterte det ikke et foster, i Rt. 2004 s. 1155 var det ikke avtalt et møte med ”barn under 16 år” og i narkotikasakene var ”anses som narkotika” ikke oppfylt. Det er på det rene at dette er omstendigheter som gjør at handlingen faller inn under straffebudet. Forsøkshandlinger vil alltid være nærliggende fullbyrdelse, dette er ikke tilfellet ved utjenlig forsøk.

Samtidig kan dekningsprinsippet tale både for og imot at utjenlige forsøk straffes. Prinsippet fremgår av strl. § 25 som sier at ”Enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet”. Det kreves at skylden omfatter alle de objektive momenter i gjerningsbeskrivelsen. Om gjerningsmannen var uvitende om en omstendighet som gjør forholdet straffbart går han straffri. Prinsippet taler for å straffe utjenlighet av den grunn at ved utjenlig forsøk tror gjerningsmannen at den straffbare omstendighet er oppfylt og derfor bør det anliggende tilfelle straffes. På en annen side trekker det i den retning at forsøksstypen ikke bør straffes når den straffbare omstendighet faktisk ikke foreligger.

Kommisjonen har ikke trukket inn allmennpreventive hensyn og individualpreventive hensyn, noe som bør tillegges stor vekt. Siden også håpløse forsøk straffes kan det virke avskrekkende

---

<sup>157</sup> Wennberg (2010) s. 48-49, Ørsted (1817) s. 151-152

på den borger som vurderer å begå en straffbar handling, men tror at forsøket kan mislykkes. I tillegg kunne straffrihet ført til at borgere ikke tok forsøkshandlinger alvorlig før en nærmet seg fullbyrdet forbrytelse. På en annen side kan det føles spesielt for borgerne at utjenlig forsøk straffes når man egentlig ikke har begått en straffbar handling. I henhold til individualpreventive hensyn kan straffrihet kunne føre til at den enkelte lovbrøyteren derfor velger å prøve igjen, siden det ikke fikk strafferettslige konsekvenser første gangen. Dermed mister man den individualpreventive virkningen. Fare for gjentakelse bør derfor tillegges stor vekt.

Etter mitt syn er den svenske løsningen bedre enn den norske, hvor man straffer de relativt utjenlige forsøk, og i tillegg oppstiller et krav om utelukket fare grunnet tilfeldige omstendigheter. Med en slik løsning vil saker som fører til utjenlighet ved at lovbrøyteren blir lurt eller forveksler stoffet med et annet, falle inn under regelen. Det samme gjelder narkotikasaker hvor tiltalte tror stoffet inneholder narkotika. Her skiller man ut de mest håpløse tilfellene som ikke fortjener å bli tatt alvorlig, slik en har forsøkt å gjøre i norsk rett. Etter denne løsningen vurderes forsøkets nedre og øvre grense for å kunne komme frem til at det er tale om straffbart forsøk.

Den norske rettsvitenskapsprofessoren Hagerup antydte at et krav om årsakssammenheng kunne begrense straffbarheten ved utjenlig forsøk.<sup>158</sup> Andre mener at kravet ikke gjør seg gjeldende ved forsøkshandlinger.<sup>159</sup> Et slikt krav ville etter mitt syn utelukket både den absolute og den relativt utjenlighet, noe jeg ikke finner ønskelig. Andenæs uttaler at ”subjektivt sett er straffverdigheten imidlertid den samme her som ellers. Og det ville ikke stemme med det konsekvent subjektive prinsipp som § 49[nå strl. § 16] legger til grunn, å frita for straff i disse tilfelle”.<sup>160</sup> Til dette må det nevnes at straffelovkommisjonen ikke kom med en uttrykkelig uttalelse om utjenlig forsøk ikke skulle straffes. Kommisjonen argumenterte mot at reglene skulle bygge på et rent objektivt forsøksprinsipp. Grunnen til dette kan tenkes å være at det kunne enklere argumenteres mot et slikt prinsipp, enn å argumentere for å straffe utjenlige forsøk.

Hovedtema har bydd på mange utfordringer på veien for meg. For det første fordi reglene om utjenlig forsøk er gamle. De har blitt videreført siden kriminalloven av 1842 uten endringer. Temaet har heller ikke blitt drøftet inngående etter 1896. I det store og det hele savner jeg flere holdepunkter for å kunne straffe utjenlige forsøk slik rettstilstanden er i dag, i tillegg til nye uttalelser om dagens rettstilstand. Utjenlige forsøk er et område som ikke har blitt prioritert i strafferetten, men denne avhandlingen viser at reglene er klare for endring.

---

<sup>158</sup> Hagerup (1911) s. 187-188

<sup>159</sup> Andenæs (2004) s. 126

<sup>160</sup> Andenæs (2004) s. 353

## **6 Litteraturliste**

### **Norske rettskilder:**

#### **Lover:**

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- Grl.)
- Lov 20. august 1842 Lov angaaende Forbrydelser (Kriminalloven)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven 1902 – strl. 1902)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 Lov om straff (Straffeloven – strl.)

#### **Forarbeider:**

- SKM 1896 Udkast til Almindelig borgerlig straffelov for kongeriket Norge, 1896
- NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I
- NOU 1992: 23 Ny straffelov – alminnelig bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V
- Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- Ot.prp.nr 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

#### **Rettsavgjørelser:**

- Rt. 1924 s. 1149
- Rt. 1932 s. 1034
- Rt. 1934 s. 55
- Rt. 1947 s. 346
- Rt. 1975 s. 397
- Rt. 1977 s. 1207
- Rt. 1984 s. 133
- Rt. 1984 s. 375
- Rt. 1992 s. 1258
- Rt. 1993 s. 916
- Rt. 1993 s. 1157
- RG 1998 s. 366
- Rt. 1998 s. 462
- Rt. 2001 s. 661
- Rt. 2002 s. 1372

- Rt. 2004 s. 598
- Rt. 2008 s. 867
- Rt. 2008 s. 916
- Rt. 2010 s. 287
- Rt. 2011 s. 1013
- Rt. 2011 s. 1455
- Rt. 2013 s. 776
- Rt. 2013 s. 1143

### **Juridisk litteratur:**

Andenæs, Johs	<i>Alminnelig strafferett</i> , 5.utg., 2004
Andenæs, Johs	<i>Statsforfatning i Norge</i> , 9.utg., 2004
Andenæs, Johs	<i>Spesiell strafferett og formuesforbrytelser</i> , 2008
Bratholm, Anders	<i>Strafferett og samfunn</i> , 1980
Bratholm, Anders, Matningsdal, Magnus	<i>Straffeloven Kommentartutgave første del. Almindelige Bestemmelser</i> , 2.utg., 2003
Eckhoff, Torstein ved Helgesen Jan	<i>Rettskildelære</i> , 5.utg., 2001
Eskeland, Ståle	<i>Strafferett</i> , 2 utg., 2006
Eskeland, Ståle	<i>Strafferett</i> , 2015
Eskeland, Ståle	<i>Strafferett</i> , 3.utg., 2013
Hagerup, Francis	<i>Strafferettens almindelige del</i> , 1911
Husabø, Erling Johannes	<i>Straffansvarets periferi Medverking, forsøk, førebuing</i> , 1999
Husabø, Erling Johannes	<i>Straffansvarets periferi Medverking, forsøk, førebuing</i> , 2011
Matningsdal, Magnus	<i>Nytt i ny straffelov</i> , 2015
Matningsdal, Magnus	<i>Straffeloven Kommentartutgave Alminnelige bestemmelser</i> , 2015
Røstad, Helge	<i>Innkast i strafferetten</i> , 2.utg., 1997
Skeie, Jon	<i>Den norske strafferett bind I den alminnelige del</i> , 2.utg., 1946
Slettan, Svein, Øie, Torill Marie	<i>Forbrytelser og straff</i> , 2001

### **Særavhandlinger/artikler:**

- Henriksen, Kurt Egil; Særavhandling *Kriminalisering av utjenelige forsøk*, 1994

## **Utenlandske rettskilder:**

### **Lover:**

- Brottsbalk (1962:700)
- Strafgesetzbuch 15. mai 1871
- Lov om borgerlig straffelov 15. april 1930

### **Utenlandske avgjørelser:**

- U 1950. 29 H
- NJA 1985 s. 544
- NJA 1992 s. 679
- NJA 2003 s. 670

### **Juridisk litteratur:**

Nielsen, Gorm Toftegaard	<i>Strafferet I Ansaret</i> , 3.utg., 2008
Waaben, Knud	<i>Strafferetten almindelige del I Ansvarslæren</i> , 3.utg., 1993
Wennberg, Suzanne	<i>Försök till brott</i> , 2.upplag, 2010
Ørsted, Anders Sandøe	<i>Strafferetlige skriftre</i> , 1931
Ørsted, Anders Sandøe	<i>Eunomia, eller samling af afhandlinger, hørende til Moralphilosophien, Statsphilosophien, og den danske-norske Lovkynlighed: D.1</i> , 1817
Ørsted, Anders Sandøe	<i>Eunomia, eller samling af afhandlinger, hørende til Moralphilosophien, Statsphilosophien, og den danske-norske Lovkynlighed: D.2</i> , 1817

